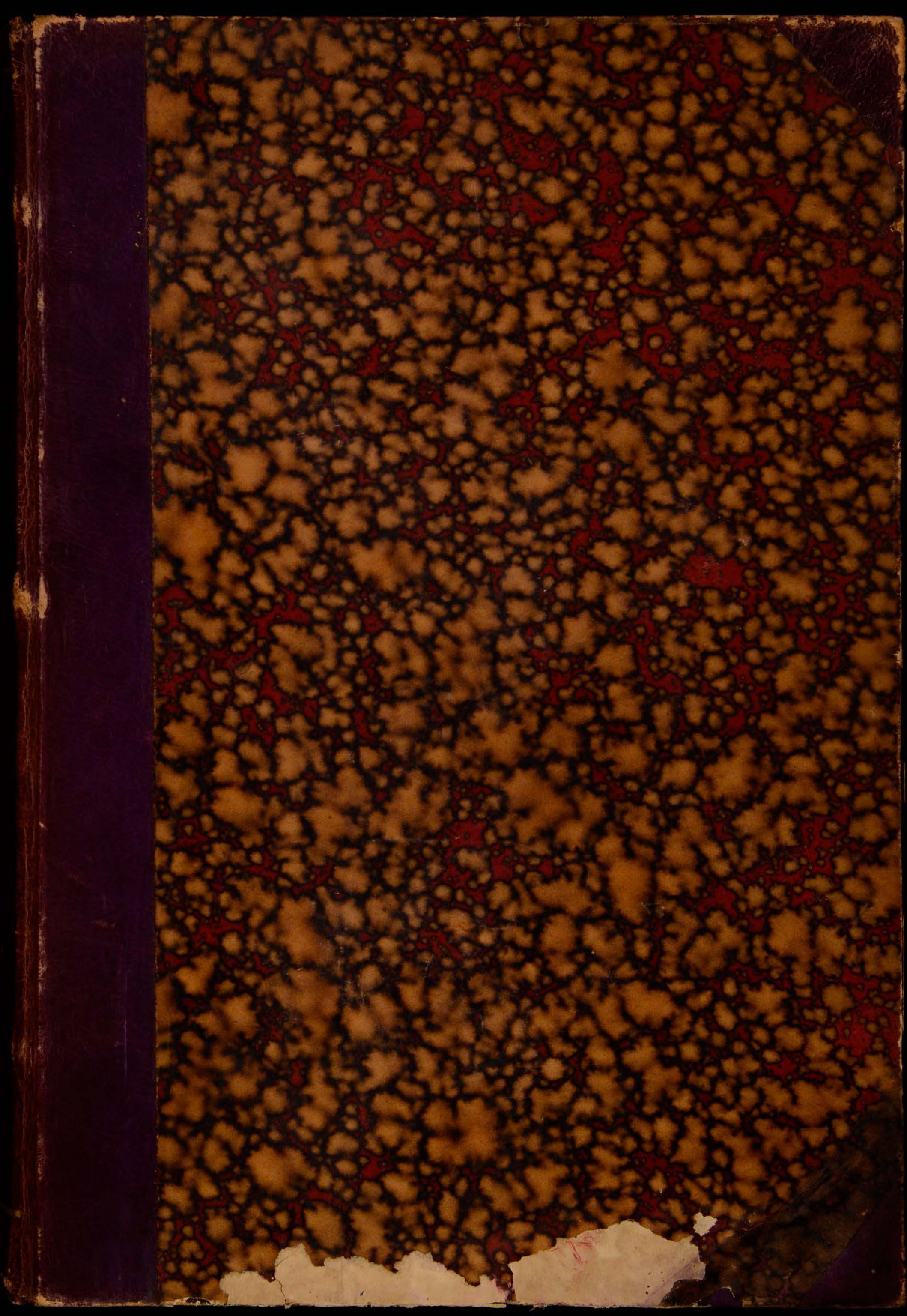


ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

V

Dello stesso Autore

Della distinzione de' beni. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Seconda Edizione*, riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla prima. Firenze, 1870. in 8. . . . . *It. L.* 9. —

Delle Servitù legali. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Seconda Edizione*, riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla prima. Firenze, 1870. in 8. . . . . . » 9. —

Delle Servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo con appendice sulle singole specie di servitù. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. Milano, 1866. in 8. . . . . » 8. —

Delle successioni. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. - *Delle successioni legittime*. Firenze, 1872. volume 1° in 8. . . . . » 9. —

Studio storico sulla successione legittima delle XII tavole al Codice Civile Italiano. Modena, 1870. in 8. . . . . » 5. —

La quistione romana nella seconda fase e la sua soluzione *sul principio* Libera Chiesa Libero Stato. Firenze, 1870. in 8 . . . . » — 75

Dizionario di Legislazione e Giurisprudenza civile, commerciale, amministrativa e penale. *Sono pubblicate 55 dispense*. Ogni dispensa costa. . . . . » 2. —

Istituzioni di Diritto Civile Italiano. *Seconda Edizione* riveduta e corredata della giurisprudenza posteriore all'attuazione del nuovo Codice civile. Firenze, 1871-72.

Tutta l'Opera sarà compresa in 6 volumi in 8.

Sono pubblicati

Il volume II. Libro I. Delle Persone. . . . . » 8. —

» IV. » III. Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose. *Parte Prima*. Delle Successioni, dei Legati e delle Donazioni . . . . » 8. —

» V. » III. Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose. *Parte Seconda*. Delle Obbligazioni e dei Contratti in genere, del Contratto di Matrimonio, della Vendita, della Permuta e dell'Enfiteusi. Firenze, 1873. in 8. » 8 —

Sotto il Torchio

» VI. » III. *Parte Terza*. Del contratto di locazione, e di società, del mandato, della transazione, della costituzione di rendita, del contratto vitalizio, del giuoco e della scommessa, del comodato, del mutuo, del deposito, del pegno, dell'anticresi, della fideiussione, della trascrizione, dei privilegi e delle ipoteche, della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, della pubblicità dei registri e della responsabilità dei conservatori, della spropriazione forzata degl'immobili, della graduazione e della distribuzione del prezzo fra i creditori, dell'arresto personale e della prescrizione. Firenze, 1873. in 8. . . . . » 8. —

In preparazione

Delle Servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo con appendice sulle singole specie di servitù. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Seconda edizione* riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla prima.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

DELL'AVVOCATO

EMIDIO PACIFICI-MAZZONI

PROFESSORE DELLO STESSO DIRITTO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

LIBRO III.

DEI MODI DI ACQUISTARE E DI TRASMETTERE LA PROPRIETÀ
E GLI ALTRI DIRITTI SULLE COSE

PARTE SECONDA

Delle Obbligazioni e dei Contratti in genere, del Contratto di Matrimonio,
della Vendita, della Permuta e dell' Enfiteusi.

SECONDA EDIZIONE

RIVEDUTA E CORREDATA DELLA GIURISPRUDENZA POSTERIORE
ALL'ATTUAZIONE DEL NUOVO CODICE CIVILE

FIRENZE
EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI
Editori-Librai — Piazza della Signoria

1873

Prato, Tipografia Giachetti, Figlio e C.[i]

ABBREVIATURE

A. Annali della Giurisprudenza italiana — Raccolta generale delle decisioni delle Corti di Cassazione e d'Appello — Il numero romano indica il volume, il primo numero arabico la parte e il secondo la pagina di questa.

G. La Giurisprudenza — Collezione di decisioni e sentenze pronunciate dai magistrati del Regno — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.

Gaz. del Proc. — Gazzetta del Procuratore — Rivista critica di Legislazione e Giurisprudenza. Napoli. Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.

GG. Gazzetta dei Tribunali di Genova — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.

GI. Giurisprudenza italiana — Raccolta generale progressiva delle decisioni delle varie Corti e del Consiglio di Stato — Il numero romano indica il volume, il primo numero arabico la parte e il secondo la pagina di questa.

GN. Gazzetta dei Tribunali di Napoli — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.

L. La Legge — Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.

M. Monitore dei Tribunali — Giornale di Legislazione e Giurisprudenza civile e penale — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.

P. Journal du Palais — Recueil le plus complet de la Jurisprudence française — Il primo numero indica l'anno, il secondo, quando v'è, il volume, il terzo o il secondo la pagina.

T. La Temi casalese — Collezione delle sentenze in materia civile, commerciale e amministrativa della Corte di Appello di Casale — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

LIBRO TERZO

TITOLO IV.

Delle Obbligazioni

CAPO I.

DELLA OBBLIGAZIONE E DELLE SUE SPECIE

SOMMARIO

1. Che cosa sia l'obbligazione — In che differisca dal diritto reale — In qual maniera debba interpretarsi.
2. Indicazione generica delle varie specie di obbligazioni.
3. Delle obbligazioni civili, naturali e miste — Della differenza che passa fra le obbligazioni naturali e i doveri morali.
4. Seguito — Degli effetti dell'obbligazione naturale — *Quid* dei doveri morali?
5. Delle obbligazioni reali e personali — Loro differenti effetti.
6. Delle obbligazioni principali ed accessorie — Sotto quanti aspetti un'obbligazione può essere accessoria — Regole che la governano.
7. Delle obbligazioni uniche e multiple — Suddistinzione di queste in disgiunte e congiunte — Regole che governano la obbligazione disgiunta.
8. Seguito — Le obbligazioni multiple congiunte si distinguono in semplicemente tali o rateali e solidarie — Regole che governano le prime.
9. Seguito — Della obbligazione solidaria — In che sia riposta l'essenza di essa; nell'unità del vincolo — Ma in qual senso possa e debba considerarsi multipla rispetto ai soggetti: conseguenze che ne derivano rispetto alla modalità e alla validità di essa in relazione ai singoli soggetti — Dei due requisiti, il cui concorso è necessario per la formazione della medesima.
10. Seguito — La solidarietà può esistere fra più creditori (solidarietà attiva), fra più debitori (solidarietà passiva) e fra gli uni e gli altri (solidarietà mista): di quest'ultima non si discorre — La solidarietà sia attiva, sia passiva non si presume mai — La prima non può essere che volontaria: la seconda può essere anche legale — Atti e maniera di costituire una obbligazione solidaria — Nel dubbio la solidarietà deve essere ammessa od esclusa?

1. L'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale una persona è tenuta verso un'altra a dare, [1] fare [2] o non fare [3] qualche cosa (art. 1219-1221). [4] L'obbligazione adunque stabilisce un rapporto fra due persone rispetto ad una cosa che ne

---

[1] [2] [3] Vedi appresso, n. 27, la spiegazione delle obbligazioni di dare, fare o non fare.

[4] Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei (Inst. princ. de obl. III, 13). La voce obbligazione denotando tutto l'insieme del fatto giuridico, si usa eziandio per significare *a*) il termine attivo del rapporto obbligatorio, cioè il credito (*ius obligationis*; Inst. § 4, de inut. stip. III, 19; Inst. § 2 in fin. de reb. incor. II, 2; Rub. Inst. Per quas personas nobis obligatio acquiritur, III, 28) e il termine passivo del medesimo,

forma l'obbietto; conferendo al creditore il potere di costringere il debitore a prestargliela *(ius ad rem)*; essa quindi è relativa, ossia non ha efficacia che di fronte ad una persona determinata; rispetto a tutte le altre persone si ha per inesistente. E in ciò è riposta appunto la sua nota caratteristica che la differenzia dal diritto reale, il quale consiste in un rapporto immediato fra una persona ed una cosa, o fra due cose; procacciando di per se stesso al titolare la proprietà o altro diritto reale *(ius in re)* ed è perciò assoluto, valendo contro tutti. Ne risulta in pari tempo che mentre a costituire la obbligazione, occorrono necessariamente tre elementi, cioè la persona del creditore, la persona del debitore, e una cosa; il diritto reale invece non richiede che due elementi, cioè una persona ed una cosa o due persone. [1]

L'obbligazione importando necessariamente una restrizione della libertà individuale del debitore, inquantochè anco contro la sua volontà può essere costretto a soddisfarla, [2] deve essere mantenuta sempre nei più stretti limiti segnati dalla vera esigenza degli affari; e nel dubbio deve essere piuttosto esclusa che ammessa. [3]

2. Le obbligazioni si distinguono *a)* rispetto alla natura e alla efficacia del vincolo in civili e naturali; in reali e per-

---

cioè il debito (*obligationis onus;* Leg. 3, D. de condict. sine causa, XII, 7; Leg. 19, § 2, D. ad Sctum Vell. XVI, 1; Leg. 67, D. de proc. III, 3; *b)* la causa generatrice del rapporto medesimo (Leg. 19, D. de verb. sig. L, 16; Leg. 1, § 3 e Leg. 58, D. de pactis, II, 14; Leg. 20, D. de iud. V, 1); *c)* il documento che prova la obbligazione (Leg. 7, C. de non num. pecunia, IV, 30).

[1] Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum (Leg. 3 princ. D. de oblig. et act. XLIV, 7).

[2] Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest (Leg. 108, D. de verb. signif. L, 16; consulta Savigny, Traité des oblig. I, § 2, traduit de l'allemand par Gerardin et Jozon).

[3] Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem (Leg. 47, D. de obl. et act. XLIV, 7; vedi pure Leg. 125, D. de reg. iuris, L, 17, e consulta Savigny, loc. cit.).

sonali; *b)* rispetto alla maniera di esistenza, in principali e accessorie; *c)* rispetto alle persone che ne sono i subbietti, in uniche e multiple; le multiple possono essere disgiunte e congiunte; queste ultime alla loro volta si suddistinguono in semplicemente congiunte o rateali e solidarie; *d)* rispetto all' obbietto, in semplici e complesse, suddistinte queste ultime in cumulative e alternative: sotto il medesimo rispetto si distinguono pure in positive e negative; in obbligazioni di dare e di fare, in istantanee e continue, in divisibili e indivisibili, in determinate e indeterminate; *e)* finalmente rispetto alle modalità, in pure e semplici e in condizionali, a tempo determinato e con clausola penale [1].

3. Sono obbligazioni civili quelle sanzionate dal diritto positivo con un' azione; ossiano quelle al cui adempimento può il debitore essere costretto con mezzi giudiziari. Esse sono o meramente civili o al tempo stesso anche naturali; le prime non hanno altro fondamento che il diritto civile; quali le obbligazioni derivanti da una presunzione legale assoluta, contraria nel dato caso alla verità; per esempio da una regiudicata erronea o ingiusta. Le seconde hanno per fondamento una causa giuridica, la cui esistenza e virtù obbligatoria si concepiscono indipendentemente dal riconoscimento fattone dal diritto positivo; per esempio, anche fatta astrazione da questo, comprendete come a quello che vi vende una cosa sua, dovete il prezzo di essa: la massima parte delle obbligazioni appartiene a questa categoria. Debbono poi noverarsi fra le obbligazioni civili quelle sanzionate dal legislatore per via indiretta, minacciando cioè la perdita di diritti d' autorità e di vantaggi pecuniari in caso di inadempimento; tali sono le obbligazioni di fedeltà, convivenza ed assistenza imposte ai coniugi; in quanto che il loro inadempimento può dar luogo alla separazione personale e alla

---

[1] Quanto al modo, esso ordinariamente non è apposto che alla donazione o agli atti di ultima volontà, e quivi si è parlato di esso: le regole specialmente della prima sono, in generale, applicabili al modo che per caso straordinario fosse apposto ad una convenzione.

susseguente perdita di preziosi diritti e morali e pecuniari, e all' applicazione dell' articolo 133 contro la moglie; tali sono pure i doveri di educare e istruire la prole, imposti ai suoi genitori; e che trovano la loro sanzione indiretta nell' articolo 233.

Le obbligazioni naturali sono di due specie. [1] Alla prima appartengono quelle che si fondano sopra una causa giuridica

---

[1] La teoria romana delle obbligazioni naturali, messa in riscontro con quella delle obbligazioni civili, può considerarsi omai come accertata: entrambe sono il risultato dell' antagonismo tra il diritto civile e il diritto delle genti: l' obbligazione civile pei Romani è quella che si fonda sul diritto civile; e la naturale quella che è riconosciuta dal diritto delle genti: is natura debet, quem iure gentium dare oportet (Leg. 84, § 1, D. de reg. iur. L, 17; vedi pure Leg. 64, D. de condit. iud. XII, 6; Leg. 95, § 4, D. de solut. XLVI, 3). Le cause poi produttrici di tali obbligazioni sono in diritto romano 1° l' incapacità dei subbietti dell' obbligazione; 2° la mancanza di una convenzione civilmente obbligatoria; 3° il principio: nemini licet locupletari cum aliena iactura; 4° l'esistenza di un rapporto speciale fra due persone (consulta Van Wetter; Cours élémentaire de droit romain, I, § 172). Ma nel Codice civile patrio come nel napoleonico e in tutti quelli che anche in questa materia l' hanno seguito alla lettera, la teoria delle obbligazioni naturali è incertissima non tanto di fronte alle obbligazioni civili, quanto in riscontro dei doveri puramente morali. Che il legislatore abbia avuto in pensiero le obbligazioni naturali, non può dubitarsene, dacchè nell' alinea dell' articolo 1237 esplicitamente dichiara, non essere ammessa la ripetizione di ciò che è stato pagato, riguardo alle obbligazioni *naturali* che si sono volontariamente soddisfatte. Ma avrà egualmente tenuto distinte le obbligazioni naturali dai doveri meramente morali? Molti ed autorevoli interpreti reputano che le obbligazioni naturali siano la cosa stessa che i doveri morali imposti dalla coscienza e derivanti o dall' equità, o dalla pietà, o dalla parentela, o dalla gratitudine, o dall' onore: « l' obligation naturelle et l' obligation de conscience, c'est, à nos yeux, tout un; les noms seuls sont différents, la chose désignée est la même: » ecco il riassunto che il signor Rodière fa di questa dottrina (Jour. du Palais, 61, 321). Ma in tale dottrina, confondendosi le obbligazioni naturali coi doveri morali, non si tiene verun conto del carattere proprio dei doveri giuridici, i quali suppongono sempre la possibilità legittima e razionale di essere sanzionati mediante azione. E che in verità il legislatore abbia tenuto conto di questo carattere dei doveri giuridici, e perciò distinto le obbligazioni naturali dai doveri meramente morali, parmi non possa dubitarsene; poichè dichiara vera donazione la liberalità fatta per riconoscenza, fonte incontestata di doveri morali (art. 1051); nel mentre che dall' altra parte la soddisfazione di un' obbligazione naturale è pagamento di cosa dovuta (art. e

che in sè sarebbe stata sufficiente per la loro sanzione, ma dal legislatore non riconosciuta per tale in considerazione di motivi di vario ordine. Tali sono le obbligazioni assunte da persone naturalmente capaci, e giuridicamente incapaci di obbligarsi; per esempio le obbligazioni di un minore giunto all'età del discernimento; di un interdetto che si trovi in un lucido intervallo; e di una donna maritata: queste obbligazioni dopo annullate, continuano a legare naturalmente gl'incapaci (arg. art. 1899). Tali sono pure le obbligazioni risultanti da convenzioni in sè lecite e valide, ma inesigibili dal creditore per mancanza d'azione, per esempio le obbligazioni di giuoco e di scommessa (art. 1802); o per mancanza di prove, esempligrazia l'obbligazione di restituire la somma superiore alle lire cinquecento ricevute a mutuo contratto verbalmente, e che dal creditore non può provarsi coi testimoni, non possedendo principio di prova per iscritto. Tali sono infine le obbligazioni di rimunerare i servigi ricevuti, e che sogliono prestarsi mediante mercede; per esempio le cure straordinarie di un domestico verso il suo padrone.

Alla seconda specie si riferiscono le obbligazioni che nella loro origine furono ad un tempo e naturali e civili, e che

---

arg. art. 1237 e 1804 alinea). Rimane però sempre suprema difficoltà nel fissare i criteri per discernere le une dagli altri. Come lo indicano le definizioni, o meglio le descrizioni o indicazioni date nel testo, l'obbligazione naturale deve secondo il mio avviso, svolgersi nel campo giuridico, dacchè ad essa provvede il legislatore, nel mentre il dover morale rimane nei dominii della pura etica. Avviene un fatto giuridico; se questo è perfetto, genererà un'obbligazione civile; se è ritenuto imperfetto, ma non riprovato in tutto nè avuto per inesistente dal legislatore, produrrà un'obbligazione naturale. Ciò nell'origine; col sopravvenire di fatti nuovi, può il prodotto di un fatto giuridico perdere parte della sua efficacia giuridica; come al contrario il prodotto di un fatto giuridico imperfetto può acquistarla per intero. Ma se al contrario il fatto non esiste o si reputa non esistere nell'ordine giuridico, sia in modo assoluto, sia almeno in relazione ad un dato rapporto obbligatorio fra due persone determinate, allora non avrassi un'obbligazione naturale, sibbene un dovere meramente morale.

poscia divennero inesigibili per estinzione dell'azione, dichiarata dal legislatore per motivi d'interesse pubblico. Tali sono le obbligazioni non più esigibili per essersi prescritte le relative azioni a danno del creditore. [1] Tali sono pure le obbligazioni contro cui milita una presunzione legale, per esempio, quella risultante dalla cosa giudicata, o dalla prestazione di un giuramento decisorio, e contraria alla verità, e all'adempimento delle quali perciò il debitore non può essere più costretto. Tali sono infine le obbligazioni dei falliti concordatari, di pagare il residuo dei loro debiti, rimesso ad essi dai creditori. [2]

Al contrario non risultano neppure obbligazioni naturali dalle convenzioni stipulate per errore, dolo o violenza, nè da quelle formate liberamente e con cognizione di causa, ove sieno proibite per motivi d'ordine pubblico; per esempio dalla donazione fra coniugi. Nemmeno risultano da atti tra vivi o di ultima volontà che sieno nulli per difetto di forma; in ispecie l'erede non è tenuto neppure naturalmente ad eseguire le ultime volontà del *de cuius* scritte in un testamento nullo, o a lui manifestate verbalmente. [3] Nè infine possono considerarsi obbligazioni naturali i doveri meramente morali, qualunque ne sia la causa; l'equità, la riconoscenza, l'onore, la pietà ed altre simili; in specie i genitori non sono tenuti naturalmente a procurare un collocamento ai loro figli (arg. art. 1007), nè i parenti non nominati negli articoli 138-141 a prestarsi gli alimenti. [4]

4. Benchè non esigibile per via d'azione, l'obbligazione naturale non è destituita di ogni valore giuridico; produce anzi parecchi effetti di non lieve momento. Poichè primieramente

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 297, pag. 7, lett. *a;* Demolombe, XXVII, 39; *contro* Doveri, II, § 231, pag. 6, not. 1, versic. *Come siamo convinti.*

[2] Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, XXVII, 40.

[3] Consulta Molitor, Les obligations en droit romain, I, 41 e seg.; Doveri, loc. cit. versic. *Non sono casi; contro* Aubry e Rau, IV, § 297, pag. 6, lett. *b.*

[4] Mourlon, Rép. écrit. II, 1509; Doveri, loc. cit. versic. *Crediamo poi; contro* Aubry e Rau, loc. cit. pag. 6, lett. *d, e.*

impedisce la ripetizione di ciò che è stato pagato per volontaria soddisfazione di essa (art. 1237 alinea).

In secondo luogo può essere mutata in obbligazione civile mediante la novazione; [1] eccettochè non risulti da un contratto di giuoco o scommessa, non potendo allora essere sostituita da altra nuova obbligazione; poichè altrimenti rimarrebbe elusa con grandissima facilità la disposizione dell'articolo 1802.

In terzo luogo può servire di substrato ad un'obbligazione civile accessoria che la garantisca; [2] eccetto quella derivante da giuoco o scommessa, per la ragione detta nel precedente caso (art. e arg. art. 1899 alinea).

Infine l'esecuzione di una obbligazione naturale non costituisce già un atto di liberalità, ma il pagamento di ciò che il debitore doveva, quantunque dal creditore non esigibile; e neppure liberalità ma atto oneroso deve considerarsi l'obbligazione civile assunta dal debitore in soddisfacimento di quella; [3] perciò l'uno e l'altra saranno regolati e nella sostanza e nella forma dalle leggi concernenti gli atti a titolo oneroso.

Verun'altra efficacia giuridica si possiede dall'obbligazione naturale; in specie essa non si trasforma in civile per conferma espressa o tacita; nulla di nuovo aggiungendo all'atto la sua conferma; quindi la esecuzione parziale della medesima non dà diritto al creditore di esigere il resto. [4] Nè può essere

---

[1] Leg. 1, § 1, D. de nov. et deleg. XLVI, 2; Larombière, art. 1235, n. 9; Demolombe, XXIV, 351; Aubry e Rau, IV, § 297, pag. 9.

[2] Vedi Inst. § 1, de fideiuss. III, 20; Leg. 13 princ. D. de cond. indeb. XII, 6; Leg. 6, § 2; Leg. 7 e 16, § 3 e Leg. 56, § 1, D. de fideiuss. XLVI, 1; Leg. 15 princ. e Leg. 14, D. de pignor. XX, 1; vedi pure Delvincourt, III, 252; Larombière, art. 1235, n. 10; Pont, Des petits contracts, II, 41. — I signori Aubry e Rau (tom. e § cit. pag. 10) reputano che si possa garantire mediante fideiussione solamente quelle obbligazioni naturali che tali sono per incapacità dei subbietti, giusta la disposizione dell'articolo 2012 alinea del Codice napoleonico, al quale corrisponde letteralmente l'articolo 1899 alinea del Codice patrio. Ma di cotesta decisione, che per quanto so, non è seguita da altri, non so rendermi ragione.

[3] Vedi Mourlon, II, 1309; Aubry e Rau, tom. e § cit.

[4] Larombière, art. cit. n. 9.

opposta in compensazione di crediti civili; perchè questa si opera di diritto e solamente fra crediti esigibili. [1] Infine non impedisce che l'obbligato, il quale in base ad essa ha stipulato un atto nullo, lo impugni. [2]

Le obbligazioni naturali producono i sopradetti effetti per ministero di legge, attalchè l'autorità giudiziaria che li disconosca, anzichè dichiararli, quella viola, e la sua sentenza perciò è soggetta a cassazione.

Quanto poi ai doveri meramente morali, tanto il soddisfacimento dei medesimi, quanto le obbligazioni per ciò assunte dal debitore, costituiscono sempre rispetto sia alla sostanza, sia alla forma atti di liberalità (arg. art. 1051). Chè se alcuno li abbia soddisfatti nella falsa opinione che lo obbligassero civilmente o naturalmente, non può nondimeno ripetere ciò che ha pagato; essendo cosa turpe il disconoscere un dovere morale, soddisfatto come obbligazione civile o naturale.[3]

5. Sotto il medesimo rapporto le obbligazioni si distinguono in *reali* e *personali*. Chiamasi obbligazione reale quella a cui il debitore non è tenuto personalmente, sibbene nella qualità di terzo possessore di certi beni; tali sono le obbligazioni imposte dalla legge ad ogni proprietario in tale sua qualità; tali sono pure tutte le obbligazioni corrispondenti ai diritti reali; le obbligazioni cioè di tollerare, o di non fare, ed anche di fare, giusta i termini dell'articolo 643; tali sono da ultimo le obbligazioni

---

[1] Doveri, loc. cit. in fine. — Contraria decisione si dava dai giureconsulti romani, offrendo di tal maniera al creditore un mezzo indiretto di coazione. Essa nondimeno era conforme al carattere speciale che la compensazione aveva appresso di loro (Leg. 6 e 9, D. de compens. XVI, 2).

[2] C. C. Napoli, 20 febbraio 1869, P. IV, 102.

[3] Mulier, si in ea opinione sit, ut credat, se pro dote obligatam, quicquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest (Leg. 32, § 2, D. de cond. indeb. XII, 6; vedi pure Leg. 26, § 12, D. eod.; Leg. 11, D. eod. coni. Leg. 30, § 4, D. de pecul. XV, 1). V'ha nondimeno chi in date circostanze assimila l'adempimento dei doveri morali ad un atto a titolo oneroso (Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 11). Ma cotale dottrina ne sembra arbitraria e senza scopo.

corrispondenti ai diritti personali esercibili contro successori particolari; per esempio, l'obbligazione che grava sul terzo possessore di un immobile ipotecato, di rilasciarlo o di pagare i crediti iscritti (art. 2013), e l'obbligazione che incombe all'acquirente di un fondo affittato, di stare alla locazione, a norma degli articoli 1597 e 1598. L'adempimento di queste obbligazioni non può essere conseguito sul patrimonio del debitore; ma la riparazione del danno cagionato dal loro inadempimento, può essere ottenuta anche sopra il patrimonio, divenendo obbietto di una obbligazione personale. Le obbligazioni personali al contrario sono quelle per le quali il debitore è tenuto personalmente e che deve adempiere con tutte le forze del suo patrimonio (art. 1948).

6. Come si disse, le obbligazioni in riguardo alla maniera di loro esistenza possono essere *principali* ed *accessorie*. Sono principali quelle che hanno esistenza indipendente; possedendo in sè la loro ragione di essere. Accessorie poi sono quelle che non possono sussistere di per sè e ne presuppongono altre, che servono a loro di fondamento. [1]

Questa correlazione fra due obbligazioni può sussistere o per essere una di queste la conseguenza legale dell'altra (qual è l'obbligazione di risarcire i danni rispetto a quella, per cagione della quale sono dovuti), o per essere una di esse contratta in considerazione dell'altra, alla quale perciò si riferisce come il mezzo al fine; quali sono le obbligazioni derivanti da una clausola penale, dal pegno e dalla fideiussione (art. 1209, 1878 e 1898).

L'obbligazione accessoria segue sotto ogni rapporto la condizione della principale; sussiste con questa; è colpita dalla medesima nullità che affetta la principale, eccettuato il caso dell'articolo 1899 alinea; e finalmente si estingue con questa. [2]

---

[1] Gaius, III, 126; Inst. § 5 princ. de fideiuss. III, 21; Leg. 95, § 3, D. de solut. XLVI, 3; Leg. 26 princ. de usur. IV, 32.

[2] Leg. 178, D. de reg. iuris, L, 17; Gaius, III, 126; Inst. loc. cit.; Leg. 6 e 69, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 29 e 70, § 4 e 5, D. de fideiuss. XLVI, 1; Leg. 3, § 1, D. de pecunia const. XIII, 5.

Nondimeno la nullità e la estinzione delle obbligazioni accessorie della prima specie non tengono dietro in generale alla nullità ed estensione della principale; per esempio, nel mentre la vendita della cosa altrui è nulla, sussiste valida contro il venditore l'obbligazione accessoria dei danni. Del pari dopo estinta l'obbligazione principale di restituire una cosa determinata perita per colpa del debitore, continua a sussistere l'accessoria dei danni. Altro esempio vedremo nel discorrere della obbligazione con clausola penale.

7. Le obbligazioni possono essere assunte da uno o da più a favore di una o di più persone. Se sono assunte da un solo a favore di un solo, chiamansi *uniche;* se da uno a favore di più, o da più a favore di uno, si chiamano *multiple.*

Le obbligazioni multiple sono *disgiunte* o *congiunte,* secondochè i creditori o i debitori sono indicati separatamente con una particella disgiuntiva, o unitamente con una particella congiuntiva; attalchè nelle prime la qualità di creditore o di debitore appartiene alle rispettive parti in maniera alternativa; nelle seconde congiuntamente e simultaneamente.

Per effetto dell' obbligazione disgiunta il debitore ha la scelta di pagare a quello dei creditori che più gli aggrada; quand' anche alcuno di questi lo abbia convenuto in giudizio, trattandosi di preferenza personale e non di prevenzione. Ove non faccia la scelta, il benefizio dell' obbligazione va diviso in parti eguali fra tutti i creditori.

8. Le obbligazioni congiunte si suddistinguono in *rateali (pro rata)* e *solidarie (in solidum).* Nelle prime considerate nei rapporti dei creditori coi debitori il credito o il debito si divide in parti virili, cioè in tante parti, quanti sono o i primi o i secondi; contando però, ove ne sia il caso, per uno i più dei primi o dei secondi che come uno debbono essere considerati.

Le parti dei singoli creditori e debitori debbono considerarsi, come tanti crediti e debiti distinti, gli uni indipendenti dagli altri. [1] Perciò ciascun creditore non può esigere che la

---

[1] Cum tabulis esset comprehensum, illum et illam centum aureos stipulatos neque adiectum, ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem sin-

parte rispettiva del suo credito, e ciascun debitore non è tenuto a pagare che la parte proporzionale del suo debito; attalchè, ove alcuno dei debitori paghi l'intero, egli non è per ministero di legge surrogato nei diritti del creditore contro gli altri debitori (art. 1253 3°). Del pari la interruzione della prescrizione compiuta da uno dei creditori contro i debitori non giova agli altri; e viceversa diretta contro uno dei debitori non nuoce agli altri: la stessa cosa dicasi della sospensione della prescrizione, che stabilita a favore di uno dei creditori, non giova agli altri, e ordinata contro alcuno dei debitori non può agli altri essere opposta (art. 2130). Medesimamente la costituzione in mora o la colpa di uno dei debitori non nuoce agli altri; la clausola penale apposta all'obbligazione non ha effetto che contro quello dei debitori, il quale non ha eseguito la sua parte di obbligazione, e in proporzione di tal parte (art. 1216); la insolvibilità di alcuno dei debitori deve essere sopportata dai creditori e non dagli altri debitori (arg. *a contr.* art. 1199 alinea); e da ultimo la nullità dell'obbligazione, rispetto ad uno dei creditori, non torna ad aumento delle ragioni degli altri. Tali conseguenze però non hanno luogo affatto o con qualche modificazione, quando l'obbligazione congiunta semplicemente tale sia indivisibile, od anche divisibile, ma soggetta alla disposizione dell'articolo 1205.[1]

Nei rapporti poi dei creditori, o dei debitori fra loro, l'obbligazione multipla rateale si divide in proporzione dell'interesse dei singoli.

---

guli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur, tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Corpus, spopondimus ego Antonius Achilleus et Cornelius Divus, partes civiles deberi, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent (Leg. 11, § 1 e 2, D. de duobus reis stipul. XLV, 2; vedi pure Leg. 43, D. de re iud. XLII, 1; Leg. 10, § 3, D. de appell. LXIX, 1; Tit. Cod. Si plures una sent. VII, 53; Nov. 115, cap. VI e Aut. Si quando C. de const. pec. IV, 18; Savigny, Le droit des obl. I, § 16).

[1] Consulta intorno a queste diverse proposizioni, Larombière, art. 1197, n. 1-12; Demolombe, XXVI, 99-115; Aubry e Rau, IV, § 298, pag. 13-15.

9. L'obbligazione congiunta poi è solidaria, quando più creditori o più debitori v' intervengono in guisa, da aver diritto ciascuno dei primi all' intero, o da doversi da ciascuno dei secondi parimente l'intero (art. 1184 e 1186).[1]

L'essenza di questa obbligazione è riposta nella unità del vincolo;[2] ma ciò non toglie che legando questo vincolo uno a più, o più ad uno, o più a più, l'obbligazione medesima sia considerata multipla rispetto ai subbietti.[3] Perciò l' obbligazione solidaria può sussistere con differenti modalità appresso ciascuno dei subbietti; per esempio, uno dei debitori può essere tenuto in modo puro e semplice, un altro sotto condizione, un terzo a termine: anche il luogo del pagamento può esser vario (art. 1187).[4] Del pari può esser valida per alcuni coobbligati, e nulla per altri, come se sia stata stipulata da alcune persone capaci e da altre incapaci di obbligarsi (arg. art. 1193 alinea).

Essendo unica l'obbligazione solidaria, essa non può sussistere se non pel concorso di due requisiti; poichè in primo luogo è necessario che l'obbietto della obbligazione sia il medesimo per tutti gl'interessati; chè altrimenti si avrebbe inevitabilmente pluralità di vincoli, rispondente alla pluralità degli

---

[1] Ex huiusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, et omnes liberat (Inst. § 1, de duob. reis, III, 13; vedi pure Leg. 9 princ. D. de pact. II, 14; Leg. 1, § 8, D. de ob. et act. XLIV, 7; Leg. 2 e 3, § 1, D. de duob. reis, XLV, 2; Leg. 9, § 1, D. eod.; Leg. 74, D. de fideiuss. XLVI, 1; Leg. 16, D. de accept. XLVI, 8).

[2] Una est obbligatio (Leg. 3, § 1, D. de duob. reis const. XLV, 2).

[3] In cuiuscumque persona propria singulorum consistit obligatio (Leg. 9, § 2, D. eod.; vedi Pothier, Des oblig. n. 261; Demolombe, XXVI, 202 e 210; Aubry e Rau, IV, § 298 ter, pag. 24; Doveri, II, § 239). L' uso di chiamare subbiettivamente multipla la obbligazione solidaria è comune presso gl'interpreti del Codice napoleonico; nè è estraneo a qualche romanista. Ma i più dei romanisti distinguono invece nei subbietti una doppia relazione, l'una col contenuto o colla essenza della obbligazione, e chiamata perciò *obbiettiva;* l'altra dei diversi subbietti fra loro e detta perciò *subbiettiva.*

[4] Inst. § 2, de duob. reis, II, 16; Leg. 7 e 9, § 2, D. eod.

obbietti; la medesima cosa deve dirsi della rispönsabilità assunta da più condebitori; anch'essa cioè deve essere identica per tutti (art. 1186 e 1187).[1]

[1] Leg. 15, e Leg. 9, § 1, D. de duob. reis const. XLV, 2. — È noto che giusta un'opinione emessa da Keller, illustrata da Ribbentrop, ricevuta quasi universalmente in Germania e seguita da molti in Francia e in Italia, il diritto romano ha conosciuto due specie di obbligazioni solidarie, retta ciascuna da principî propri; l'una sarebbe l'obbligazione *solidaria correale*, o *solidaria perfetta*, l'altra l'obbligazione *semplicemente solidaria senza correalità* o *solidaria imperfetta*. Nella prima soltanto v'ha unità di vincolo o rapporto obbligatorio, mentre nella seconda si ravvisa pluralità di obbligazioni, ossia di vincoli, quanti i subbietti; avendo però ciascuna di esse per obbietto la identica cosa; e rimanendo estinte tutte colla soddisfazione di una sola. Da ciò si deduce principalmente che nel diritto classico, la *litis contestatio* non estinguesse l'obbligazione semplicemente solidaria che fra le parti intervenute in causa, lasciandola sussistere per tutti gli altri interessati; principio questo in verità riconosciuto più volte nel giure romano; si aggiunge poi che la stessa decisione debba essere applicata nel diritto giustinianeo, tutte le volte che per la liberazione di uno dei debitori semplicemente solidari il creditore non ha ottenuto una soddisfazione diretta. Si deduce pure che ove si tratti di obbligazione semplicemente solidaria, il debitore il quale paga tutto il debito, ha sempre il regresso contro i coobbligati, perchè soddisfà in parte il suo proprio debito, e in parte quello dei condebitori, de' quali tratta per tal maniera gli affari. Fra queste obbligazioni puramente solidarie sogliono noverarsi quella di più delinquenti, rispetto alla riparazione del danno; di più mandanti, mandatari, tutori, magistrati, commodatari e depositari quando uno di essi manchi alle sue obbligazioni. Ma questa teoria dopo essere stata accolta con un favore straordinario, è stata ed è tuttora vivamente combattuta. Il Van Wetter, op. cit. § 174, I, B, recentissimamente sull'autorità di Fritz, De Fresquet, Ortolan, Namur, Maynz e Mackeldey, la respinge, reputando che essa riposi sopra una sottigliezza inaccettabile. « Là, egli dice, ove esiste pluralità di obbligazioni, manca necessariamente la solidarietà, e non può ravvisarsi che indivisibilità; la vera obbligazione solidaria deve adunque al tempo stesso essere unica, e essere correale. Il solo argomento serio, egli prosegue, addotto dai nostri avversari, è la circostanza che spesso nell'epoca classica, la *litis contestatio* estingueva solamente il debito solidario fra le parti intervenute in causa; ma si comprende facilmente che la giurisprudenza classica abbia potuto per motivi particolari, derogare in certi casi al rigore dei principî sulla *litis contestatio*, e conservare al creditore il diritto per farlo valere contro i condebitori non convenuti; eccezioni queste che sono divenute una regola assoluta nella legislazione giustinianea. » La identica controversia ma in limiti assai ristretti si agita fra gl'interpreti del Codice napoleonico. Dico che si agita in

In secondo luogo è necessario che gl'interessati la pattuiscano simultaneamente in un medesimo atto. [1] Tuttavia non

limiti assai ristretti; perchè sono unanimemente concordi nel riconoscere che la solidarietà stabilita dalla volontà dell'uomo con convenzione, o con testamento, sia *perfetta*. Il dissenso esiste rispetto alla solidarietà dichiarata dalla legge, e neppure per tutti i casi; poichè quelli che ammettono tale distinzione nella maggiore estensione possibile, reputano, sia imperfetta la solidarietà in quei casi in cui la legge la stabilisce per motivi d'ordine pubblico, e nell'intento di garantire colla massima efficacia determinati interessi, reputati dal legislatore meritevoli di speciale protezione; e che sono quelli riferiti nel testo sotto i numeri 8 e 9. Nella solidarietà imperfetta i condebitori non sarebbero gli uni rappresentanti degli altri. Ma neppure questa solidarietà rimarrebbe sempre imperfetta; poichè pronunziata che fosse la sentenza di condanna, diverrebbe perfetta (Consulta, tenendo però conto delle particolari loro discrepanze, Rodière, De la solidarité et de l'indivisibilité, n. 2 e seg., 35 e seg., 42-86 ecc., e n. 168, 175; Mourlon, Répét. écrits, II, n. 1240 e seg., e 1258 e seguenti; Aubry e Rau, IV, § 298 ter, pag. 21 testo e nota 6). Questa teoria considerata sotto l'aspetto scientifico mi soddisfece e l'accettai (Inst. IV, 80 e 86, 1ª edizione). Ma fattone più maturo esame nel campo del diritto positivo, stimo di doverla abbandonare, e non riconoscere che una sola specie di obbligazione solidaria; poichè in obbedienza all'articolo 3 delle Disp. prelim. non si può attribuire alla parola *in solido* usata negli articoli 238 e 1156, un significato diverso da quello, con cui è adoperata in tutta la sezione IV del titolo IV, libro III; e in tutti i casi, nei quali fu certo pensiero del legislatore di stabilire la solidarietà perfetta; specialmente ravvicinando ai detti due articoli la disposizione dell'articolo 1188 alinea. Ciò posto, è necessario di ritenere che il legislatore medesimo ha presupposto fra il marito e la moglie nel caso dell'articolo 238 e fra gli autori di un medesimo delitto o quasi-delitto un accordo, pel quale come essi si associarono nella consumazione del fatto civilmente dannoso, li tenga poi uniti nel liberarsi dalle conseguenze giuridiche da quel fatto prodotte contro di loro: l'interesse pubblico e la speciale protezione meritata dalle persone danneggiate, giustificano l'attribuzione della solidarietà alla obbligazione di riparare il danno, resa per tal maniera più strettamente congiunta. (Consulta in questo senso Merlin, Questions de droit, v° Solidarité, § 2; Delvincourt, III, 683; Sourdat, Traité général de la responsabilité, I, 143, 173 e seg.; Larombière, II, art. 1202, n. 22). Il Demolombe (XXVI, 291-309) ritiene che l'obbligazione di riparare il danno, che incombe ai coautori di un delitto, o quasi-delitto civile, non sia solidaria, ma solamente *in totum*, *in solidum*, *pour le tout*: ma senza entrare nel merito di questa opinione che mi sembra assai contestabile, noterò solo che il principale fondamento di essa è la mancanza di una disposizione testuale; mancanza che noi non abbiamo a deplorare.

[1] Inst. princ. eod.; Leg. 4, D. eod.; Leg. 116, de verb. obl. XLV, 1.

è impossibile che la stipulino successivamente con atti distinti; stabilendo però fra questi una correlazione siffatta da formarne un atto solo: ove invece gli atti rimangano indipendenti, la solidarietà non è neppure concepibile. [1] La cosa stessa dicasi della solidarietà imposta da un testatore ai suoi eredi o legatari. Infine in base ad un solo e identico fatto, la legge or dichiara, ora stabilisce la solidarietà.

10. La solidarietà può esistere fra creditori, fra debitori, e fra gli uni e gli altri: la prima suole chiamarsi *attiva*, la seconda *passiva*, la terza potrebbe chiamarsi *mista*. Intorno a quest'ultima non importa di discorrere; non essendo che la combinazione delle due prime.

La solidarietà sia attiva, sia passiva non si presume mai, facendo essa eccezione al diritto comune (art. 1184 e 1188).

La solidarietà attiva non è che volontaria; cioè non sussiste se non costituita dalla volontà degli stipulanti; la passiva può essere anche legale; ossia dichiarata o stabilita dalla legge.

La solidarietà volontaria sia attiva, sia passiva può essere stabilita tanto con atto tra vivi, quanto con atto di ultima volontà. Non si richieggono per ciò termini sacramentali; per esempio *in solido, solidariamente*: bastano a ciò anche i termini equipollenti; dichiarando esempligrazia, i debitori di obbligarsi *l'un per l'altro* o *ciascuno per l'intero*. [2] Nel dubbio la solidarietà deve essere esclusa, siccome contraria al diritto comune e gravosa specialmente, se passiva, pei debitori. [3]

11. Esaminiamo ora distintamente siccome importa e giova, la solidarietà attiva e la solidarietà passiva. Giusta la nozione generale or ora data, l'obbligazione è in solido verso più creditori, quando in forza del titolo costitutivo, ciascuno di essi

---

[1] Consulta Toullier, VI, 723; Marcadé, art. 1200 e 1201; Larombière, II, art. 1200, n. 5 e seg.; Rodière, op. cit. n. 39; Demolombe, XXVI, 206 e seg.

[2] Consulta Toullier, VI, 721; Duranton, XI, 190; Marcadé, art. 1202; Larombière, II, art. 1202, n. 4; Demolombe, XXVI, 135; Aubry e Rau, IV, § 298 bis, pag. 15, e § 298 ter, pag. 22 testo e nota 12; Mourlon, II, 1240 e 1246.

[3] Duranton, XI, 169; Troplong, De la vente, n. 435; Aubry e Rau, IV, § 298 ter, pag. 22: Torino, 26 febbraio 1867, G. IV, 308.

deve considerarsi, ne' suoi rapporti col debitore, come avente diritto all'intero credito (art. 1184).

Fra i creditori come fu già notato, non può sussistere solidarietà che non sia da essi espressamente stabilita: la legge fra loro non la stabilisce (art. 1181 cong. coll'art. 1188).

I creditori solidali si reputano rispetto al debitore associati fra loro e costituiti con reciproco mandato rappresentanti gli uni degli altri per conservare e rendere migliori le loro ragioni (art. 1184 e art. 1185 princ. comb. cogli art. 1185 alinea, e art. 1372 alinea 2°). Niuno di essi perciò ha la facoltà di disporre individualmente della totalità del credito; invece ognun di loro ha, rispetto alle parti di credito appartenenti agli altri, il potere di domandare giudizialmente e ricevere il pagamento delle medesime. [1]

Ciascuno dei creditori solidari quindi ha il diritto di chiedere il pagamento dell'intero credito, senza che il debitore possa opporgli il benefizio della divisione (art. 1184).[2] Ma i singoli eredi di uno de' creditori solidari non possono dimandarne che una parte proporzionale alla loro quota ereditaria; essendo applicabile anche all' obbligazione solidale la regola: *Nomina haereditaria ipso iure inter haeredes divisa sunt.* [3] Secondariamente il debitore ha la scelta di pagare o all'uno o all'altro de' creditori in solido; ammenochè sia stato prevenuto da uno

---

[1] È noto che giusta i principî di diritto romano, ciascun creditore solidale era considerato nei suoi rapporti col debitore come solo ed unico creditore; perciò da una parte l'obbligazione estinta per lui, si considerava egualmente cessata per tutti gli altri (Leg. 2, D. de duob. reis); dall'altra parte, il creditore solidale che aveva esatto l'intero credito, e liberato il debitore mediante l'accettilazione, non era a nulla tenuto verso gli altri; ammenochè non avessero provato, di essersi associati con esso per l'emolumento del credito (Leg. 62, princ. D. ad Leg. Falc. XXXV, 2). Consulta Larombière, art. 1197, n. 15; Marcadé, IV, 593, e art. 1198; Demolombe, XXVI, 142 e seg.; Arntz, II, 118; Aubry e Rau, IV, § 298 bis, pag. 15-16.

[2] Vedi Instit. § 1, de duobus reis stip. et promit.; Leg. 31, § 1, D. de nov. XLVI, 2; Leg. 1, C. de duob. reis stip. VIII, 40.

[3] Larombière, art. 1199, n. 4; Demolombe, XXVI, 154; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 16, nota 5.

di essi con giudiziale dimanda; nel qual caso non può validamente pagare, se non a questo che reputasi abbia agito anco per gli altri creditori, e che al postutto può aver serio e giusto interesse di non perdere il vantaggio di essere stato più vigilante degli altri (art. 1185). In terzo luogo il pagamento fatto ad uno dei creditori libera il debitore eziandio verso gli altri, ancorchè il benefizio dell'obbligazione si possa dividere fra i diversi creditori (art. 1184): la compensazione produce lo stesso effetto, equiparandosi al pagamento (arg. *a contr.* art. 1290).[1] Infine dallo stesso principio deriva *a*) che qualunque atto il quale interrompe la prescrizione a favore di uno dei creditori in solido giova egualmente agli altri creditori (art. 2131); ma se tal atto sia diretto contro uno degli eredi di alcuno dei creditori, non giova punto agli altri coeredi, non essendo fra loro creditori solidali; e profitta ai creditori solidali superstiti solamente per la parte di credito appartenente a quello erede; la sospensione della prescrizione però stabilita dalla legge a favore di uno dei creditori in solido non giova agli altri, essendo benefizio di quella, e non risultato di un atto dei consociati (art. 2122);[2] *b*) che la costituzione in mora provocata da uno dei creditori giova agli altri; *c*) che la dimanda degl'interessi proposta da uno dei creditori li fa decorrere a favore di tutti (arg. art. 1192); *d*) che la convenzione stipulata da uno di essi pella decorrenza dei medesimi, giova anche agli altri; *e*) che da ultimo l'ipoteca ottenuta da uno dei creditori garantisce l'obbligazione anco per gli altri.

---

[1] Duranton, XI, 178; Larombière, art. 1198, n. 8; Demolombe, XXVI, 192-194; Aubry e Rau, IV, § 298 bis, pag. 17 testo e nota 7; *contro* Delvincourt, II, 500; Marcadé, art. 1198, che a questo riguardo attribuiscono alla compensazione lo stesso effetto della remissione del debito.

[2] La disposizione del nostro articolo 2122 scioglie una quistione tuttora vivissima nel diritto francese (Vedi nello stesso senso Merlin, Rép. v° Prescription, sect. I e VII, art. 2, quest. 2, n. 10; Troplong, De la prescrip. II, 739; Marcadé, art. 1199; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 18 testo e nota 11; in senso contrario sotto diversi aspetti, Delvincourt, II, 490; Duranton, XI, 180; Larombière, art. 1199, n. 3; Demolombe, XXVI, 171).

Ma al contrario la remissione del debito fatta da un solo dei creditori non ha effetto che rispetto a lui e per la porzione del credito che gli appartiene (art. e arg. art. 1185). Del pari la prestazione del giuramento deferito da uno dei creditori in solido al debitore, non lo libera che per la porzione dovuta a quel creditore (art. 1373 alinea 2°). La cosa stessa dicasi della confusione operatasi nella persona di uno dei creditori (articolo 1297 alinea ult.); [1] e della sentenza contro di lui ottenuta dal debitore (arg. art. cit.). [2] Medesimamente veruno dei creditori solidali può rinunziare ad una garantia, nè concedere o prorogare un termine, se non per la parte di credito che gli appartiene. [3]

Quanto alla novazione e alla transazione fatte da uno dei creditori, possono essere invocate dagli altri, ove lo reputino di loro interesse; altrimenti non avranno effetto che rispetto a lui e per la porzione del credito che gli appartiene (art. e arg. art. 1185). Analoga decisione è applicabile alla sentenza da uno dei creditori ottenuta contro il debitore.

12. Quanto poi agli effetti della solidarietà attiva nei rapporti dei creditori fra loro, il benefizio del credito si deve

---

[1] Duranton, XI, 179; Aubry e Rau, III, 12; Marcadé, art. 1198; Mourlon, II, 1243.

[2] Delvincourt, II, 140, nota 7; Duvergier sur Toullier, III, 726, nota *a*; Duranton, XI, 179, e XIII, 521; Rodière, n. 27; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 17 testo e nota 10; *contro* Merlin, Quest. de droit, v° Chose jugée, § 18, n. 1; Toullier, X, 204; Marcadé, art. 1198; Larombière, II, 1198, 15; Demolombe, XXVI, 191. — Il motivo fondamentale di questa seconda opinione è riposto nella facoltà accordata a ciascun creditore di domandare anche giudizialmente il pagamento dell'intero credito; per il che deve ritenersi investito della relativa azione per l'intero, e del pieno e libero esercizio della medesima. Ma giustamente, secondo che mi sembra, viene osservato in contrario che quel diritto appartiene ai singoli creditori in base ad un mandato presunto, e che perciò gli effetti dell'esercizio di quel suo diritto debbono essere determinati, giusta la natura e l'obbietto limitato del mandato medesimo.

[3] La definizione della solidarietà passiva data dall'articolo 1186, non è esatta, perchè ciascuno dei debitori può esser costretto al pagamento per la totalità anche nelle obbligazioni indivisibili e in alcune divisibili, benchè non solidarie.

dividere in parti eguali; presumendosi eguali le quote dei singoli (art. 674). Perciò quello fra essi che lo abbia esatto per intero, è tenuto a restituire agli altri le rispettive porzioni. Ma ove la convenzione altrimenti stabilisca, o i singoli creditori abbiano sul credito ragioni ineguali, la divisione medesima dovrà farsi giusta quella o in proporzione di queste. [1]

13. È poi solidaria fra i debitori l'obbligazione, quando ciascuno di essi sia tenuto verso il creditore per la totalità, come se fosse solo debitore (art. 1186). [2] Ma anch'essi si reputano rappresentanti e mandatari gli uni degli altri nell'interesse del creditore, per tutto ciò che tende a conservare e perpetuare le ragioni di lui; e nel loro reciproco interesse per tutto ciò che possa migliorare la loro condizione. [3]

La solidarietà passiva può essere, come testè si notava, volontaria e legale.

La legge o dichiara la solidarietà passiva, interpretando la volontà degl'interessati; o la stabilisce per motivi d'ordine pubblico e nell'intento di garantire colla massima efficacia determinati interessi che ha creduto meritevoli di speciale protezione.

La dichiara nei seguenti casi, cioè:

1° Quando più persone abbiano conferito un mandato per un affare comune; ciascuna di esse è tenuta in solido verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato (art. 1756);

2° Quando più persone abbiano unitamente preso a comodato la stessa cosa; esse ne sono obbligate in solido verso il comodante (art. 1814);

---

[1] La regola del giure romano che il benefizio del credito non si divide fra i diversi creditori non ha luogo nel diritto patrio; siccome non ha luogo nel diritto francese al quale il nostro è in ciò perfettamente identico (Toullier, VI, 726; Duranton, XI, 170, 173; Larombière, art. 1197, n. 20; Demolombe, XXVI, 188; Rodière, n. 22; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 18; Doveri, II, 18, nota 1).

[2] Vedi Inst. princ. de duob. reis stip. et promit. III, 16; Leg. D. de duob. reis const. XLV, 2; Leg. 16 princ. de pec. const. XIII, 5; Leg. 8, § 1, D. de legat. XXX; Leg. 16 D. de legat. XXXI; Leg. 25, D. de legat. XXXII.

[3] Consulta C. C. Palermo, 23 gennaio 1866, A. I, 1, 9.

3° Quando trattisi di società commerciali, di lettere di cambio, di biglietti all'ordine: i soci, i traenti, i garanti e i giranti sono tenuti in solido, giusta le leggi commerciali;

4° Quando la madre vedova, rimaritatasi, è mantenuta nell'amministrazione dei beni o vi è riammessa; in tal caso, suo marito s'intende sempre associato alla medesima nell'amministrazione, e ne diviene risponsabile in solido (art. 239); [1]

5° Quando il tutore nominato dal genitore, il tutore legittimo e quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia, non denunzino al pretore il fatto che dà luogo alla tutela: tutti questi sono tenuti in solido per i danni (art. 250 alinea 1°); [2]

6° Quando il testatore abbia conceduto a più esecutori testamentari il possesso dei beni mobili; in questo caso sono tenuti in solido a renderne conto (art. 910). [3]

La stabilisce poi nei due seguenti casi; cioè:

1° Quando la madre, volendo passare a nuovo matrimonio, non abbia fatto prima convocare il consiglio di famiglia; in questo caso il suo marito è risponsabile in solido dell'amministrazione da quella esercitata per lo passato ed in appresso indebitamente conservata (art. 238);

2° Quando un delitto o quasi-delitto sia imputabile a più persone; queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato (art. 1136). Sotto la voce di delitto non si comprende solamente il fatto civilmente doloso che ad altri arreca danno, ma eziandio il reato punito criminalmente; in quanto anch'esso è causa della obbligazione civile dei danni (art. cit. cong. coll'art. 3, Proc. pen.).

14. La solidarietà passiva produce nei rapporti dei condebitori verso il creditore parecchi ordini di effetti. Perciocchè

---

[1] [2] [3] Considero, come dichiarata dalla legge in base alla volontà interpretata delle parti, anche i casi degli articoli 239, 250 alinea 1° e 910; perchè anche in essi la solidarietà è pronunziata sopra obbligazioni preesistenti, che derivano dall'accettazione di funzioni indivisamente affidate alla vedova rimaritatasi e a suo marito; alle persone nominate nel citato articolo 250, e agli esecutori testamentari.

in primo luogo, reputandosi ciascun di loro rappresentante e mandatario degli altri per conservare e perpetuare l'obbligazione nell'interesse del creditore, l'intimazione degli atti enunciati nell'articolo 2125 fatta da uno dei debitori in solido, o la ricognizione del diritto fatta ad uno di questi interrompono la prescrizione contro gli altri (art. 2130). Del pari la costituzione in mora di uno dei debitori produce effetto riguardo a tutti, almeno per impedire la estensione dell'obbligazione; attalchè se la cosa dopo la costituzione in mora di uno dei debitori, perisca per caso fortuito, rimangono tutti obbligati al pagamento del prezzo della medesima (art. 1205 cong. art. 1302). Medesimamente la colpa di uno dei debitori perpetua l'obbligazione in riguardo a tutti, inquantochè restano tutti obbligati al pagamento del prezzo della cosa che per effetto di quella perì (art. cit.). Da ultimo la clausola penale apposta ad un'obbligazione solidaria ha effetto contro tutti anche nel caso che un solo di essi non adempia o ritardi l' esecuzione dell'obbligazione. [1]

Ma non possono considerarsi i debitori solidarî, come rappresentanti gli uni degli altri nei fatti ed atti, dai quali derivino nuove obbligazioni, o sia resa più grave l'originaria obbligazione in solido *ad perpetuandam, non ad augendam obligationem).* [2] Per conseguenza la prestazione dei danni dovuti pel perimento della cosa, avvenuto per colpa di alcuno dei debitori, o per caso fortuito dopo la costituzione in mora del medesimo, non può dimandarsi che a lui solo (art. 1191 alinea); ammenochè cotale prestazione sia stata stipulata formalmente pel caso di colpa: poichè questa stipulazione costituendo una clausola penale, rende per se medesima più grave l' obbligazione in solido (arg. art. 1192). Per analoga ragione, se l'obbligazione abbia per oggetto una somma di danaro, la costituzione in mora di uno dei debitori, la domanda degl'interessi proposta contro di uno dei

---

[1] Non osta l'articolo 1191 alinea (Duranton, XI, 371; Aubry e Rau, IV, § 298 ter, pag. 29 testo e nota 29).

[2] Vedi Savigny, Trat. del Dir. romano, I, § 18 e 19.

debitori, li fa decorrere a danno di tutti; perocchè questi interessi sono dovuti per legge e rendono per ministero di questa più grave l'obbligazione medesima (art. 1192); ben inteso che questa non sia per alcuno dei debitori condizionale o a termine, non potendo correre gl'interessi a danno di lui, pendente la condizione o il termine. Medesimamente la transazione consentita da uno dei debitori, e la sentenza contro uno di essi pronunziata non possono opporsi agli altri.

15. In secondo luogo essendo i debitori solidari associati fra loro, a cagione della stessa solidarietà per tutto ciò che riguarda il comune debito, devono considerarsi come mandatari gli uni degli altri rispetto a tutti gli atti che mirano a migliorare la loro condizione di fronte al creditore; perciò esempligrazia, tutti possono valersi della transazione convenuta dal creditore con alcuno dei debitori; o della sentenza da uno di loro ottenuta contro il medesimo.

16. In terzo luogo, per essere ciascuno dei debitori tenuto per la totalità verso il creditore, questi può costringere al pagamento del debito quello di essi che meglio gli aggrada, senza che il convenuto possa opporgli il benefizio della divisione (art. 1189); ma può senza dubbio escutere eziandio ciascun di loro *pro rata.* [1] Più ancora; egli dopo aver promosso istanza giudiziale contro uno dei debitori, può promuoverne altra simile contro gli altri debitori, all'effetto di conseguire il pagamento dell'intero debito o da un solo dei debitori o da tutti insieme: può quindi dopo avere escusso infruttuosamente un debitore, promuovere il giudizio o *in solidum* contro un altro, o *pro rata* contro tutti; del pari può dopo avere promosso il giudizio *pro rata* contro alcuni, istruirlo o pel resto contro gli altri, o *in solidum* contro uno o dei convenuti dapprima o dei secondi (art. 1190). [2] Molto più egli, dopo aver chiamato in

---

[1] Leg. 8, § 1, D. de leg. XXX; Leg. 3, § 1, D. de duob. reis const.; Leg. 2, C. de duob. reis stip.

[2] Siccome accennai superiormente, nell'epoca classica del diritto romano, la dimanda promossa contro uno dei *correi debendi* estingueva l'azione riguardo

giudizio tutti i condebitori solidari, può proseguirlo contro quello solo di essi che vi sia comparso, sospendendo le istanze contro gli altri, resisi contumaci: nulla monta che fosse intervenuta sentenza con cui la causa del contumace fu unita con quella del convenuto. [1] Ma il debitore che sia convenuto per la totalità dal creditore, può chiamare in causa i condebitori, perchè siano condannati a contribuire al pagamento del debito; e questi possono alla loro volta intervenirvi spontaneamente (arg. art. 1198). [2]

Per la medesima ragione, il creditore che divenga debitore di uno dei coobbligati in solido, può opporre a questo che lo convenga pel pagamento di quanto gli deve, la compensazione per la totalità del suo debito; per esempio, se Caio, Tizio e Sempronio mi debbano in solido 1000, e il mio autore lasci al primo 1500, potrò opporgli in compensazione l'intera somma di 1000 in pagamento parziale del legato ricevuto. [3]

D'altra parte il creditore non può ricusare il pagamento dell'intero debito che gli venga offerto da uno dei debitori, nè respingere la compensazione che il debitore convenuto gli opponga (art. 1195 e arg. *a contr.* art. 1290 alinea).

---

agli altri, sia per l'effetto di quella specie di novazione giudiziaria che risultava dalla *litis contestatio*, sia in conseguenza del principio che la medesima azione non poteva più volte essere introdotta in giudizio (Consulta Demangeat, Des oblig. solid. en droit rom. pag. 71-72). Ma in progresso di tempo questa regola subì parecchie eccezioni e con clausole divenute d'uso disparve dalla procedura romana. Giustiniano compì la riforma stabilendo in una delle sue cinquanta costituzioni che neppure la *litis contestatio* consumasse l'azione derivante dall'obbligazione solidaria. « Generaliter sancimus, così egli (Leg. 28, C. de fideiuss. et mand. VIII, XLI), quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur: ita et in fideiussoribus observari. . . . Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes: sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales, et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. »

[1] Torino, 10 ottobre 1864, G. I, 369.

[2] Duranton, XI, 218; Marcadè, art. 1203; Mourlon, II, 1249; Demolombe, XXVI, 316 e 317; Aubry e Rau, IV, § 298 ter, pag. 28.

[3] Consulta Demolombe, XXVI, 398 e seg.

17. Da ultimo per essere unica l'obbligazione solidaria, e in conseguenza dovuta per essa una cosa sola, il pagamento eseguito da uno dei debitori libera gli altri verso il creditore (art. 1186). [1] Li libera ancora la novazione e la remissione del debito, ancorchè il creditore abbia trattato con un solo de' debitori (art. 1277, 1281). Li libera pure il giuramento dal creditore deferito ad uno dei debitori e da questo prestato sulla inesistenza del debito (art. 1373). [2] Infine li libera il perimento della cosa avvenuto per caso fortuito e prima della costituzione in mora (arg. *a contr.* art. 1191). Tuttavia sebbene la compensazione equivalga al pagamento e si operi di diritto, il debitore in solido non può opporre in compensazione al creditore, quanto questi deve al suo condebitore, che sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore (art. 1290) e non per la totalità; ma per la totalità può essere opposta da quello dei debitori, a cui favore si è operata. [3] Anche la confusione nella persona di uno dei debitori in solido non profitta ai suoi condebitori che per la porzione di cui quegli era debitore, come per esempio, nel caso in cui uno dei debitori succeda per titolo universale al creditore, o il creditore divenga erede di uno dei condebitori (art. 1207 alinea ult. e art. 1194).

Per la medesima ragione qualunque dei debitori convenuti può opporre al creditore le eccezioni aventi origine da causa a tutti loro comune, e perciò dette comuni; quali sono esempligrazia le eccezioni risultanti dalla inesistenza o dalla nullità dell'intiera obbligazione, sia per difetto di formalità, sia per mancanza, falsità o illecitudine della causa, sia per mancanza o incommerciabilità dell'oggetto; qual è in fine la prescrizione (art. 1193).

---

[1] Consulta Leg. 27 e 28, § 1 e 3, D. de iureiurando, XII, 2.

[2] Toullier, VI, 732; Duranton, XII, 431; Marcadé, art. 1208, II; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Leg. 19, D. de duobus reis const. — Supponi che Caio, Tizio e Seio mi debbano 9000 ed io divenga debitore del primo per 12000: Tizio o Seio convenuto da me, non potrà oppormi in compensazione che 3000, ma Caio 9000.

18. Ma al contrario per essere la medesima obbligazione multipla, in quanto vincola più soggetti, quello dei debitori che sia convenuto dal creditore, può opporgli oltre alle comuni, le eccezioni che derivino da cause a lui personali, ma non quelle appartenenti agli altri per cause a loro proprie. Quindi potrà eccepirgli l'inadempimento della condizione sospensiva, sotto la quale si obbligò; la nullità della obbligazione derivante sia dal dolo, dalla violenza o dall'errore, sotto la cui influenza la contrasse, sia dalla sua incapacità personale. Ma se invece queste eccezioni appartengono ad un altro coobbligato, egli non può prevalersene; per esempio, se siasi obbligato in solido insieme ad un minore, ad un interdetto, ad un inabilitato o ad una donna maritata non autorizzata, e sia convenuto pel pagamento dell'intero debito, non può valersi dell'incapacità del coobbligato ed eccepire la nullità del vincolo da questo assunto.

19. Nei rapporti poi dei condebitori fra loro, l'obbligazione solidaria si divide fra i medesimi in parti eguali sino a prova contraria, come ogni altra cosa comune. Ciò stante, tutti debbono in cotale proporzione contribuire al pagamento del debito (art. 1198 cong. coll' art. 674). Ove perciò alcuno di essi abbia pagato l'intero debito, avrà regresso contro gli altri (art. 1199); ciò è vero anche nel caso in cui la solidarietà derivi da un delitto o quasi-delitto. [1] Egli può esercitare il regresso tanto coll'azione di mandato, quanto coll'azione che apparteneva al creditore e in lui passata per virtù della surrogazione; ma coll'azione di mandato può dimandare non solo l'eccedente pagato in capitale, interessi e spese ma anche gl'interessi di tale eccedente; quand'anche il credito non producesse interessi; al contrario coll'azione del creditore può dimandare solamente gl'interessi che questi avrebbe potuto esigere (art. 1253 3°, 1716, 1753, art. e arg. art. 1755 e 1915). [2] Dell'una o dell'altra azione si valga, non può ripetere contro i singoli

[1] Consulta Marcadé, art. 1213.

[2] Consulta Delvincourt, II, p. II, p. 503; Duranton, XI, 245; Aubry e Rau, III, 22, 23.

condebitori che la porzione per la quale ciascun di essi deve contribuire al pagamento del debito (art. 1199). Le stesse decisioni debbono applicarsi al caso in cui il condebitore che ha pagato siasi fatto convenzionalmente surrogare dal creditore; non potendo la surrogazione convenzionale produrre più e maggiori effetti della legale.[1]

Se alcuno dei condebitori sia non solvente, la parte di debito che si sarebbe dovuta pagare da lui, si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi e sopra quello che ha fatto il pagamento (art. 1199 alinea). E ove mai il creditore abbia rinunziato all' azione in solido verso alcuno dei condebitori e altri diventi non solvente, la porzione di questo va per contributo ripartita tra tutti i debitori, compresi quelli che dal creditore medesimo sono stati precedentemente liberati dall' obbligazione in solido (art. 1200); nè questi può pretendere dal debitore a cui favore rinunziò alla solidarietà la parte di contributo; dovendosi ritenere che lo abbia liberato dall'obbligo del contributo, col ridurre semplicemente congiunta da solidale che era, l' obbligazione.[2]

Niuno dei condebitori però può agire contro gli altri, prima di aver pagato o di essere stato convenuto, quand' anche l' obbligazione solidaria sia eseguibile (arg. *a contr.* art. 1919).

Ma se l' affare per cui fu contratto il debito in solido, non riguarda che uno degli obbligati in solido, questi è tenuto per la totalità verso gli altri, i quali nei loro rapporti con esso si ritengono per suoi fideiussori (art. 1201);[3] e solamente rispetto al creditore sono reputati condebitori solidari; esempligrazia, se io per garantirmi meglio la restituzione delle 1000 lire che t' ho mutuato, ho ottenuto da te l' intervento di più fideiussori, obbligantisi però nella qualità di condebitori solidali, siccome

---

[1] Delvincourt, II, part. II, pag. 504; Duranton, XI, 243 e 844 e XII, 168; Mourlon, p. 47; Aubry e Rau, III, 23 e 129 testo e nota 58; Marcadé, art. 1214; *contro* Toullier, VII, 162.

[2] Delvincourt, II, 510; Toullier, VI, 739; Duranton, XI, 224; Aubry e Rau, III, 25 testo e nota 53; *contro* Marcadé, art. 1215.

[3] Consulta C. C. Firenze, 14 gennaio 1869, A. III, 1, 81.

ho voluto, per schivare l'eccezione della escussione e della divisione, potrò convenire in solido te o ciascuno dei fideiussori, ma in definitiva tu solo dovrai rimborsare le 1000 a me o a quello dei tuoi fideiussori che le avrà a me pagate. [1] E dacchè in questa ipotesi i rapporti fra i debitori in solido sono regolati dalla legge della fideiussione; così quelli che sono intervenuti nella obbligazione, come fideiussori, possono valersi della disposizione dell'articolo 1919. Non è neppure da notarsi che il debitore per cui fu contratto il debito, non ha ragion di regresso contro i coobbligati, nel caso che egli abbia pagato l'intero debito. [2]

20. Un'obbligazione solidaria non diviene semplicemente congiunta se non con rinunzia espressa o tacita che il creditore vi faccia. V'ha rinunzia espressa, quando il creditore acconsente a dividere il debito fra tutti i condebitori. Ma se acconsente alla divisione del debito a favore di uno dei condebitori, ossia se rinunzia alla solidarietà a favore di uno, conserva la sua azione in solido contro gli altri per l'intero (art. 1195). Anche in questo caso però il debitore che avrà soddisfatto l'obbligazione, avrà il regresso contro il coobbligato liberato della solidarietà. Chè se da questo abbia ricevuto la rispettiva parte di debito, o gliel'abbia rimessa, non può agire *in solidum* contro gli altri, se non dedotta la detta parte; inoltre deve in ogni caso tener conto ai condebitori solvibili di quanto quegli dovrebbe sopportare per l'insolvenza di altri. Appena poi importa di notare che il creditore conserva nel congruo caso il diritto di agire contro il debitore a cui favore ha acconsentito alla divisione, per la parte che questi gli deve. [3]

Si reputa poi che il creditore abbia rinunziato tacitamente alla solidarietà nei seguenti casi, cioè:

1° Quando il creditore ha ricevuto da uno dei debitori una somma eguale alla sua parte e nella quietanza che gli

---

[1] Consulta Marcadé, art. 1216; Doveri, II, p. 23, nota in fine.

[2] Torino, 27 maggio 1864, G. I, 243.

[3] Consulta Duranton, XI, 224 e 231; Larombière, II, art. 1210, n. 7; Aubry e Rau, IV, § 298 ter, pag. 33 testo e note 42 e 43; Marcadé, art. 1210.

rilascia, dichiara che la riceve per questa parte; ove la quietanza non contenga questa dichiarazione, la rinunzia non viene presunta, facendone la legge una condizione necessaria (art. 1196 alinea 1°);

2° Quando alla semplice domanda fatta contro uno dei condebitori per la sua parte, questi ha aderito, o vi si è acquietato, o su essa è stata pronunziata sentenza di condanna (art. cit. alinea 2°). Ma finchè non sia avvenuta acquiescenza o non sia stata pronunziata sentenza, il creditore può ritirare la sua dimanda, e arrestare per tal mezzo gli effetti della tacita rinunzia. Inoltre la rinunzia deve considerarsi, come non avvenuta, se l'acquiescenza o la sentenza vengano annullate; [1]

3° Quando il creditore, per dieci anni consecutivi riceve separatamente da uno dei condebitori la sua porzione dei frutti maturati o degl'interessi del debito (art. 1197); però anche prima che scadano i dieci anni, il creditore che riceva separatamente da uno dei condebitori la sua porzione dei frutti maturati o degl'interessi del debito, rinunzia all'azione in solido pei frutti e interessi ricevuti, [2] ma non per quelli che deve ricevere, quantunque scaduti, [3] nè pel capitale (art. 1197).

All'infuora di questi casi non si presume la rinunzia alla solidarietà. Ma neppure in tali casi, la rinunzia ha luogo, ove il creditore siasi riservato il diritto di solidarietà o i suoi diritti in generale (art. 1196 e 1197); mercè questa riserva reputasi che egli non abbia rinunziato all'obbligazione in solido che in

---

[1] Doveri, II, 21 in nota, versic. *Lo stesso.*

[2] [3] Il testo dell'articolo 1197 dice « il creditore che ecc. . . . rinunzia all'azione in solido pei frutti od interessi scaduti, ma non per quelli che hanno da scadere: » la legge però suppone evidentemente che siano stati ricevuti tutti i frutti scaduti; poichè nel principio di detto articolo, essa dice « il creditore che riceve separatamente; » d'altra parte dalla quietanza rilasciata senza riserva si deduce la rinunzia alla solidarietà; ora la quietanza non si rilascia che su pagamento (Consulta Delvincourt, II, 511; Duranton, XI, 236; Aubry e Rau, IV, § 298 ter, pag. 34 testo e nota 44; Marcadé, art. 1212, che intendono nello stesso senso l'articolo 1211 del Codice napoleonico identico all' articolo 1197 del patrio).

riguardo al debitore da cui ha ricevuto separatamente una parte di pagamento (art. e arg. art. 1196 princ.).

Non fa poi cessare la solidarietà, ma ne modifica soltanto gli effetti la morte di uno dei debitori solidari; perciocchè il debito da una parte, rimane solidario in modo assoluto fra i debitori originari, dall'altra si divide fra gli eredi in proporzione delle loro quote ereditarie. Ciascuno di essi quindi non è obbligato verso il creditore che per la parte proporzionale a tal quota; ma per tal parte è obbligato in solido con ciascuno dei debitori originari; [1] perciò fra le altre cose, l'intimazione degli atti enunciati nell'articolo 2125 fatta ad uno degli anzidetti debitori originari, o la ricognizione del diritto fatta da uno di questi interrompono la prescrizione anche contro gli eredi del debitore defunto; e gli stessi atti intimati ad uno degli eredi o la ricognizione del diritto fatta da questo erede non interrompono la prescrizione riguardo agli altri condebitori in solido, se non per la parte di debito a carico dello stesso erede, e per nulla riguardo agli altri coeredi (art. 2130). Le stesse regole si applicano ai casi nei quali alcuno dei debitori originari o dei loro eredi sia in colpa o sia stato costituito in mora. [2]

Infine l'obbligazione solidaria non si muta in semplicemente congiunta pel fatto del creditore che renda impossibile la surrogazione di alcuni condebitori nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi a lui appartenenti contro gli altri; per esempio non rinnovando l'iscrizione ipotecaria (arg. *a contr.* art. 1928). [3] Se però egli abbia agito con frode, ossia coll'intendimento di nuocere agli altri condebitori, rendendo infruttuoso il loro regresso per le estinte garantie, non potrà

---

[1] Toullier, VI, 474; Duranton, XI, 378 e 565; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 35.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Troplong, Du cautionnement, n. 563; Pont, Du cautionnement, n. 369; Larombière, II, art. 1208, n. 4; Demolombe, XXVI, 495 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 35 testo e nota 47; C. C. Milano, 27 lug. 1865, G. II, 309 Torino, 1 giugno 1866, A. I, 2, 39; *contro* Merlin, Quest. v° Solidarité, § 5; Toullier, VII, 172; Duranton, XVIII, 382, in nota; Rodière, op. cit. n. 154.

prevalersi della solidarietà, se non dedotta la parte di debito che su quello gravava (arg. art. 1124 e 1151). [1]

21. Passando alla quarta distinzione delle obbligazioni, desunte dall' obbietto, esse sotto tale riguardo, sono primieramente *semplici* o *composte*, secondochè hanno un unico obbietto o più obbietti. È indifferente che l' unico obbietto sia una cosa singolare, come un cavallo, o una universalità di fatto, come una mandra, un gregge.

Fra le obbligazioni semplici importa che sia ricordata la obbligazione comunemente chiamata *facoltativa*, [2] che ha un solo obbietto, ma che può essere dal debitore soddisfatta a piacer suo colla prestazione di un obbietto diverso. [3] Quello è e rimane sempre unico e vero obbietto della obbligazione; il secondo può essere solamente offerto in pagamento dal debitore: *una res est in obligatione, et altera in facultate solutionis;* per esempio, il coerede contro cui è promossa l' azione di rescissione della divisione può troncare il corso alla medesima, dando all' attore il supplemento della sua porzione ereditaria in denaro o in natura: il supplemento in natura è l' oggetto della obbligazione; il supplemento in denaro forma materia della prestazione facoltativa (art. 1042, vedi pure l' articolo 1534); la prima di queste due cose suole chiamarsi *principale*, l' altra *accessoria*.

Per virtù di tal principio l' obbligazione facoltativa innanzi tutto, sarà nulla, se la cosa principale non possa formarne obbietto; non giova che l' altra cosa sia commerciabile. Secondariamente la natura mobile o immobile, divisibile o indivisibile di essa è determinata dalla natura della cosa principale: perciocchè il creditore non può dimandare che questa. Infine

---

[1] Demolombe, XXVI, 499; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 35-37.

[2] La denominazione di *obbligazione facoltativa* racchiude a rigore una contradizione; poichè ogni obbligazione importa *necessità* giuridica; nondimeno essa è ora accettata dalla maggior parte degl' interpreti.

[3] Leg. 12, § 1, quib. mod. pig. solv. XX, 6; Leg. 2 e 8, C. de rescind. vend. IV, 44; Inst. § 2-4, de noxal. act. IV, 8.

la perdita causale di essa libera intieramente il debitore, benchè la cosa accessoria continui a sussistere.

22. L'obbligazione composta può essere congiunta o cumulativa, e disgiunta o alternativa. È della prima specie, quando il debitore è tenuto per un solo titolo a più prestazioni; tal è per esempio l'obbligazione da me assunta, di consegnarti la mia casa e il mio podere che ti ho venduto in un medesimo atto ~~ma per due prezzi distinti~~. Tutte le cose quindi che formano obbietto della medesima, *sunt et in obligatione et in solutione;* attalchè sotto questo riguardo debbano ravvisarsi in essa tante obbligazioni semplici, quante sono le cose da prestarsi dal debitore, *tot stipulationes, quot species.* [1] Per conseguenza debbono esserle applicate le regole inverse a quelle che governano la obbligazione facoltativa; per esempio se sia nulla per incommerciabilità di uno degli oggetti, potrà invece esser valida per la commerciabilità degli altri: del pari il creditore ha diritto a chiederli tutti: infine il perimento casuale di uno di essi non estingue l'obbligazione rispetto agli altri.

23. L'obbligazione composta poi è disgiunta o alternativa, quando due o più cose che ne formano l'obbietto, sono dovute disgiuntamente o alternativamente.[2] In forza di questa obbligazione adunque, sebbeno abbia più oggetti, il debitore non deve prestare, e il creditore non può esigere che una cosa sola: *duae res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione.* [3]

L'obbligazione, quantunque contratta in modo alternativo, è semplice, se una delle due cose promesse non poteva formare oggetto dell'obbligazione; in tal caso perciò il debitore è tenuto a prestare la cosa che validamente forma oggetto dell'obbligazione; per esempio, se ti ho promesso un centauro o mille

---

[1] Leg. 29 princ. e Leg. 89, D. de verb. obl. XLV, 1.

[2] In tutto il discorso intorno alle obbligazioni alternative, supporrò per semplicità che due cose ne formino obbietto; ma senza che lo noti, le regole che esporrò, sono applicabili senza riserva, al caso in cui più di due cose siano in esse comprese (Vedi l'articolo 1183).

[3] Ubi verba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum (Leg. 10, D. de reg. iur. L, 17).

lire, ti dovrò queste, come se quello non fosse stato compreso nella obbligazione (art. 1179). [1] Ma è necessario che le due cose formino obbietto della obbligazione, come principali, o indipendenti l'una dall'altra; poichè altrimenti la obbligazione apparentemente alternativa, coprirebbe una obbligazione principale ed una obbligazione accessoria; per esempio, se ti promettessi di uccidere il tuo rivale, o di darti mille lire, assumerei in verità l'obbligazione principale di consumare quella uccisione, e l'obbligazione accessoria di pagarti le mille lire, non adempiendo la prima: tale obbligazione perciò sarebbe nulla per intero. [2]

24. La cosa da prestarsi in forza dell'obbligazione alternativa viene determinata dalla scelta. La scelta appartiene al debitore, se non è stata espressamente concessa al creditore (art. 1178); ma egli deve scegliere una delle cose, nella sua integrità; e non può invece costringere questo a ricevere parti delle singole cose comprese nell'obbligazione; poichè o le parti contraenti che stipularono tale obbligazione, o i disponenti che la imposero, ebbero riguardo ad un oggetto intero e non a più porzioni di oggetti differenti. Se quindi il debitore paghi esempligrazia, la metà di una delle due dovute, tal pagamento diverrà valido, ove egli presti l'altra metà; altrimenti sarà nullo, ed egli potrà ripetere la metà pagata, dando al creditore l'altra cosa per intiero (art. 1177 in fine). [3] Ciò è vero, quando anche siano più i debitori, o più gli eredi di un unico debitore. [4] Se però l'obbligazione abbia per oggetto prestazioni periodiche, come 300 lire o 600 litri di vino all'anno, il debitore ha d'anno in anno il diritto di scelta, e può quindi

---

[1] Leg. 72, § 4, D. de solut. XLVI, 3.

[2] Consulta pure la Leg. 12, D. de verb. obl. XLV, 1; Demolombe, XXVI, 5.

[3] Leg. 26, § 13, D. de condit. indeb.; Leg. 2, § 1, D. de verb. obl. XLV, 1.

[4] Leg. 15, D. de legat. 2°, XXXI; Leg. 26, § 14, D. de condit. indeb. XII, 6; Duranton, XI, 139; Aubry e Rau, IV, § 300, pag. 44; Marcadé, art. 1191; Mourlon, II, 1226.

annualmente valersene in maniera differente, dando un anno le 300 lire, e un altro i 600 litri; perocchè in questa ipotesi si hanno tante obbligazioni, quanti i periodi, o gli anni. [1]

Ove il debitore, che gode della scelta, abbia per errore pagato o le due cose, nella credenza che fossero dovute cumulativamente, o una sola di esse, nella opinione che sola fosse dovuta, può ripetere nel primo caso quella che gli aggrada, lasciando l'altra al creditore, e nel secondo la pagata, per dare a questo l'altra compresa nella obbligazione. [2] Analoga decisione è applicabile al creditore. [3]

Le regole inverse sono applicabili negli opportuni casi al creditore o ai suoi eredi o a più creditori, ai quali è stata concessa la scelta. [4]

Se la scelta appartenga al debitore, si devono chiedere dal creditore alternativamente tutte le cose comprese nell'obbligazione; se invece appartenga al creditore, deve chiedere quella che sceglie.

La scelta non può variarsi dopo che sia accettata, nei congrui casi, dal creditore o dal debitore, o siasi pronunziata la sentenza di condanna. Questa regola però vien meno, quando una giusta causa legittimi la variazione. [5]

La scelta ha effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione; talchè si considera che fin dal principio

---

[1] Leg. 21, § 6, D. de contr. empt. XIX, 2; Toullier, VI, 693; Duranton, XI, 140 e 141; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1101; Mourlon, II, 1228; Larombière, II, art. 1190, n. 7.

[2] Leg. 32, § 3, D. de condit. indeb. XII, 6; Leg. 10, C. de condit. indeb. IV, 5; Larombière, II, art. 1190, 5; Demolombe, XXVI, 54 e 57. — È noto che intorno a questa quistione v'era dissenso fra i Proculeiani e i Sabiniani, negando i primi la *condictio indebiti*, a colui che aveva pagato una delle due cose dovute alternativamente, reputando di doverla sola per obbligazione semplice (Vedi Leg. 19, D. de legat. 2°, XXXI).

[3] Larombière, loc. cit.; Demolombe, XXVI, 56.

[4] Duranton, XI, 138 e 139; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadè, loc. cit.; Mourlon, II, 1227.

[5] Consulta Leg. 9, § 1 e 20, D. de opt. leg.; Toullier, VI, 692 testo e nota 1; Mourlon, II, 1227, che cita Valette.

sia stato oggetto della medesima la cosa scelta solamente. La scelta quindi determina la natura mobile od immobile, divisibile od indivisibile dell'obbligazione alternativa; per esempio se ti ho promesso di darti un gregge o un fondo, l'obbligazione sarà mobile od immobile secondo che ti darò o dimanderai il primo o il secondo oggetto. [1]

25. Per quanto concerne l'effetto della perdita delle cose comprese nella obbligazione alternativa, questa diviene semplice, se una di esse perisca; rimanendo l'altra per suo obbietto unico; o si estingue, se entrambe le cose periscano; salva la risponsabilità in cui possa il debitore o il creditore essere incorso, cagionando per propria colpa la perdita delle cose suddette.

Per applicare con agevolezza tale principio, giova di distinguere sei diverse ipotesi, in relazione alle cause semplici o complesse della perdita medesima. Pertanto, quanto al caso fortuito, se per esso perisca una delle cose dovute alternativamente, l'obbligazione divien semplice e perciò il debitore dovrà quella che è esistente; nè può, benchè abbia il diritto di scelta, offrire il prezzo della perita, quand'anche di molto inferiore al valore della esistente (art. 1180 princ. e alinea 1°); [2] nè viceversa il creditore può pretenderlo. Se poi per caso fortuito periscano entrambe le cose, la obbligazione necessariamente si estingue; appartenga la scelta al debitore o al creditore (art. 1182 cong. coll'art. 1298). [3]

Ove in secondo luogo una delle due cose perisca per colpa del debitore; egli deve in ogni caso l'altra. Ma se la scelta appartenga al creditore, questi può chiedergli la cosa rimasta o il prezzo della cosa perita; non dovendo essere in potere

---

[1] Toullier, VI, 699; Duranton, XI, 157; Larombière, II, art. 1196, 3°; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 45.

[2] V'ha controversia fra gl'interpreti del diritto romano, intorno alla decisione data nel testo, essendo da parecchi valentissimi approvata la contraria (Van Wetter, I, § 184, pag. 643, che cita Mommsen, Vangerow e Windscheid). Ma il testo dell'articolo 1180 del Codice patrio non ammette dubbio.

[3] Leg. 34, § 6 in fine, D. de contr. empt. XVIII, 1.

del debitore di privare il creditore del diritto di scelta (art. 1181, alinea 1° in fine).[1] Chè se per colpa del medesimo periscano ambedue le cose in due diversi tempi, dovrà il prezzo dell'ultima che era rimasta in obbligazione; ma se la scelta appartenga al creditore, questi può chiedere invece il valore della cosa perita dapprima. Quando però le due cose siano perite ad un tempo, reputo che anco il debitore, godendo del diritto di scelta, possa offrire il prezzo dell'una o dell'altra a suo arbitrio.

In terzo luogo, se per colpa del creditore perisca una delle cose dovute alternativamente, il debitore che abbia il diritto di scelta, può o dichiararsi liberato, dicendo che avrebbe fatto cadere la scelta sulla cosa perita; o prestare la cosa rimasta, esigendo dall'altra parte il risarcimento del danno per la perdita dell'altra; poichè del pari, non può essere in potere del creditore di privare il debitore del diritto di scelta. Ma se la scelta appartenga al creditore, questi non può che dimandare la cosa rimasta, essendo anche in questo caso divenuta semplice per fatto suo l'obbligazione alternativa: il debitore alla sua volta conserva il diritto al risarcimento del danno per la perdita dell'altra cosa sua. Ove poi ambedue le cose periscano per colpa del creditore, questi perde ogni diritto verso il debitore; ossia non può chiedere il prezzo nè dell'una, nè dell'altra cosa; è invece obbligato a tenere indenne il debitore della perdita di una delle due cose, a scelta o sua o di questo, secondo i casi.

Dalle ipotesi semplici, passando alle complesse, se ambedue le cose siano perite, l'una per caso fortuito, l'altra per colpa del debitore, questi dovrà pagare il prezzo di quella che perì per ultima; senza distinguere quale delle due perì prima o dopo; poichè ove la prima sia perita per caso fortuito, deve il valore dell'altra rimasta in obbligazione e perita per sua colpa; nel caso contrario, la colpa sua nell'atto medesimo che

---

[1] Leg. 95, § 1, D. de solut. XLVI, 3.

rendeva semplice la obbligazione, togliendole il maggior vantaggio di essere alternativa, la perpetuava rispetto all'obbietto rimasto; altrimenti nulla dovrebbe, e di tal maniera la colpa sua alla fin fine ricadrebbe sul creditore (art. 1180 alinea 2°).[1] Ma se la scelta apparteneva al creditore, questi anche in tal caso può dimandare il prezzo dell'una o dell'altra cosa (art. 1181 alinea ult.).

In quinto luogo, se delle due cose dovute alternativamente l'una sia perita per caso fortuito e l'altra per colpa del creditore, bisogna distinguere quale delle due sia perita per prima. Poichè se dapprima il caso fortuito distrusse una delle due cose, il debitore rimane liberato in tutto per la perdita della seconda avvenuta per colpa del creditore: è affatto indifferente a quale dei due appartenesse la scelta; poichè la obbligazione per entrambi era divenuta semplice, ed estinguibile perciò per la perdita della cosa rimasta, avvenuta senza colpa del debitore. Nel caso contrario, il debitore oltre ad essere liberato in tutto, conserva l'azione di danni contro il creditore che colla sua colpa fece prima del caso fortuito perire una delle due cose; ciò è vero quand'anche il diritto di scelta appartenesse al creditore medesimo.

Da ultimo, se una delle cose dovute alternativamente sia perita per colpa del debitore, e l'altra per colpa del creditore, bisogna parimente distinguere, quale dei due fu prima in colpa. Poichè se precedette la colpa del debitore, questi è in tutto liberato; non potendo più soddisfare per colpa del creditore medesimo la obbligazione che era già divenuta semplice; ma se la scelta appartenga al creditore, questi può dimandare il prezzo della prima, assoggettandosi in pari tempo al pagamento del prezzo della cosa perita per colpa sua. Nel caso invece in cui la colpa del creditore abbia preceduto quella del debitore, questi dovrà il prezzo della cosa che per sua colpa perì l'ultima; conservando però il diritto di esigere dal creditore il valore della cosa da esso distrutta.

---

[1] Leg. 95, § 1, D. de solut. XLVI, 3.

Le medesime regole sono applicabili nel caso in cui la cosa, anzichè perire, sia posta fuori di commercio, o si smarrisca in modo che se ne ignori assolutamente la esistenza, in ogni caso insomma in cui la prestazione delle cose dovute alternativamente sia divenuta impossibile (art. 1182 e 1298).

Le stesse regole debbono essere applicate negli opportuni casi, quando il debitore fosse in mora a consegnare l'una o l'altra delle cose comprese nella obbligazione alternativa.

Mi resta a notare di fronte alle regole sopraesposte, che rimangono sempre salve le altre tutte risguardanti ogni maggiore risponsabilità, in cui il creditore o il debitore può essere incorso per cagione della sua colpa.

26. Le obbligazioni si distinguono pure, rispetto al loro obbietto in *positive* e *negative*, secondo che questo consista in una dazione e in un fatto o nella omissione di un fatto. La maggior parte delle obbligazioni appartiene alla prima specie: esempi della seconda specie sono, fra le altre, le obbligazioni che alcuno assuma a favore di altri, di non impedirgli il passaggio attraverso il suo proprio fondo; di non troncare la vena d'acqua che scaturisce nel campo di lui; di non deviare le acque piovane naturalmente defluenti; di non fargli concorrenza nella vendita di un podere; di non molestarlo giudizialmente per un dato negozio (art. 1219-1222). [1]

27. In ordine all'obbietto, si distinguono eziandio le obbligazioni di dare dalle obbligazioni di fare. Sono obbligazioni di dare quelle che hanno per obbietto o la traslazione della proprietà o di altro diritto reale, non compiuta coll'atto stipulato; o il pagamento di una somma di denaro o di altra cosa

---

[1] Consulta Leg. 4 princ. e § 1; Leg. 75, § 7; Leg. 83 princ.; Leg. 85, § 3, de verb. obl. XLV, 1; Savigny, Il diritto delle oblig. I, § 28. — È sottinteso che nei tre primi casi siasi assunta una obbligazione personale e non concessa una servitù prediale: essa può essere adoperata con vantaggio, quando non possa per un impedimento giuridico stabilirsi una servitù; per esempio nel caso, in cui uno dei due fondi, sia goduto da alcuno a titolo di affitto; può anche servire pel caso in cui la servitù potrebbe essere costituita, ma è preferito da uno degl'interessati o da entrambi un rapporto obbligatorio meramente personale.

fungibile; o finalmente la consegna o tradizione di una cosa. È indifferente che essa derivi da un titolo traslativo di proprietà o di altro diritto reale, o di un semplice diritto personale di godimento o di uso; è quindi obbligazione di dare tanto quella del venditore di fare la tradizione della cosa venduta, quanto quella del locatore di consegnare la cosa locata.[1]

---

[1] È noto che in diritto romano l'obbligazione consisteva *in dando*, presa questa voce nel significato tecnico, quando aveva per obbietto il trasferimento della proprietà o di un altro diritto reale al creditore (vedi Gaius, IV, 4; Inst. § 14, de act. IV, 6; Leg. 19, D. de serv. praed. rust. VIII, 3; Leg. 5, § 2, 3 e 15, D. de pign. XX, 1; Leg. 75, § 10; Leg. 103 e 126, § 1; Leg. 136, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 167 princ. D. de reg. iur. L, 17); e che consisteva *in faciendo*, in tutti gli altri casi, e perciò anche in quello, in cui essa obbligazione aveva per obbietto la consegna di una cosa per un titolo diverso da quello che dava luogo ad una obbligazione *dandi*, cioè un *tradere* (Leg. 2, princ. § 5; Leg. 4, § 1; Leg. 28, 52, § 1; Leg. 67, § 1; Leg. 68, 72 princ.; Leg. 75, § 7, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 175 e 189, D. de verb. sign. L, 16; Leg. 121, D. de reg. iuris, L, 16); ma eccezionalmente anche le obbligazioni *tradendi* si consideravano, come obbligazioni *dandi* (Inst. § 2 e 4, quib. mod. re contr. obl. III, 14; Leg. 1 princ. D. si ag. vectig. VI, 3; Leg. 1 princ. D. de posit. XVI, 3; Leg. 65, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 60 princ. D. loc. XIX, 2; Leg. 1, § 2; Leg. 12, princ. D. de prec. XLIII, 26). In generale nel diritto patrio non può formarsi un'obbligazione di *dare* nel senso tecnico dei romani; poichè la proprietà e ogni altro diritto reale vi si trasferisce per virtù del solo consenso, senza bisogno di tradizione (art. 1125, 1448, 1550, 1556 e 1820). Nondimeno siccome nel diritto patrio, alcuno può assumersi l'obbligo di trasferire in altri la proprietà o altro diritto reale; anzichè trasferirgliela di presente, così sembrami che anco nel patrio diritto può darsi un'obbligazione di *dare* nel senso tecnico dei romani; per esempio, la promessa unilaterale di venderti una mia casa non ti trasferisce la proprietà di questa: ma genera una obbligazione di dare; medesimamente colla promessa di venderti la mia casa allo spirare dell'anno 1875, al certo non ti trasferisco oggi la proprietà della mia casa, nè questa *ipso facto* passerà in te, alla scadenza di tale anno: in entrambi i casi, è necessario, come chiaramente lo addimostrano le promesse stipulate, che intervenga l'atto di alienazione traslativo di proprietà per sua propria virtù: il far tal atto e il trasferire la proprietà essendo una cosa sola; è esattamente giuridico il dire che io con quelle promesse ho assunto verso di te l'obbligazione di trasferirti la proprietà della mia casa; obbligazione di *dare* (art. e arg. art. 731). Del pari assumerò identica obbligazione, promettendoti di concedere la servitù di passaggio sul fondo che acquisterò, o sull'edifizio che sto costruendo. Medesimamente, se ti vendo delle cose determinate soltanto

Le obbligazioni di fare poi sono tutte quelle che hanno per obbietto il compimento di un fatto diverso da quello della consegna, o l'omissione di un fatto qualunque; tali sono, fra le altre, le obbligazioni delle persone nominate nell' articolo 1627; dei soci che conferiscono la propria industria; dei depositari e dei mandatari; tal è pure l'obbligazione del locatore di far godere; dell'usufruttuario e del marito di riparare i beni di cui hanno il godimento; e tacendo di altre, tal è l'obbligazione del venditore di garantire il compratore.

---

nella loro specie o nel loro genere, per esempio dieci quintali del grano che trovasi nel mio magazzino, non trasferisco a te proprietà di sorta, ma assumo l'obbligazione di trasferirtela, misurando i dieci quintali di grano (art. 1450). Infine l'obbligazione del mutuatario di pagare l'altrettanto di ciò che ha ricevuto, e in generale d'ogni debitore tenuto a fare un pagamento che abbia per oggetto di trasferire la proprietà della cosa pagata nel creditore, è obbligazione di *dare*, presa questa parola nel senso di trasferire la proprietà. Ma all'infuora dei casi in cui può formarsi un'obbligazione di *dare* nel senso di *trasferire* la proprietà, la obbligazione di *dare* è la stessa che quella di *consegnare*, o ne è distinta? Alcuni sono d'avviso che anco all'infuora di tali casi la obbligazione di *dare* differisca da quella di *consegnare*; reputando che la prima abbia per oggetto la tradizione della cosa, da farsi in base ad un titolo traslativo di proprietà, quale l'obbligazione del venditore di consegnare la cosa venduta; e la seconda abbia per oggetto la consegna di una cosa dovuta in base ad un titolo costitutivo di un semplice diritto di godimento o di uso; quale l'obbligazione del locatore di consegnare la cosa venduta: questa seconda obbligazione è da essi necessariamente noverata fra quelle di fare (Consulta Duranton, X, 389; Colmet de Santerre, V, 52 bis; Aubry e Rau, IV, § 299, pag. 38 testo e nota 3). Sembra a primo avviso che questa dottrina sia conforme alla lettera di qualche testo, specialmente confrontato con altri. Tralascio l'articolo 1219, copiato dall'articolo 1136 del Codice napoleonico, e soggetto come questo, a sì giuste critiche da non aver valore in questa quistione (Consulta Marcadé, art. 1136; Demolombe, loc. cit.). Ma gli articoli 1447 e 1549, hanno al certo del valore, poichè vi si parla di obbligazioni di *dare*: « la vendita, dice il primo, è un contratto per cui uno si obbliga di *dare* una cosa »; « la permuta, è scritto nel secondo, è un contratto, con cui ciascuna delle parti si obbliga di *dare* una cosa »: in altri articoli ancora il *dare* si riferisce a traslazione di proprietà o di altro diritto reale (art. 1764, e vedi pure l'art. 1556, in cui il *concedere* è certamente preso nel senso stesso di dare); ora in tali casi l'obbligazione di *dare* deriva da un titolo traslativo di proprietà o di altro diritto reale. Il valore di questi articoli viene confermato ed anche accresciuto dal loro raf-

L' obbligazione di dare o consegnare, quando ha per obbietto una cosa determinata nella sua individualità, include quella di conservarla fino alla consegna, impiegandovi la diligenza di un buon padre di famiglia (art. 1219 e 1224). Inoltre, ove la cosa stessa si trovi appresso del debitore, il creditore può ottenerne l'esecuzione col soccorso della forza pubblica *(manu militari)*; facendovisi immettere in possesso in onta al rifiuto del primo di farne la consegna. [1] Se invece l'obbligazione di consegnare abbia per oggetto una cosa determinata soltanto nella sua specie, il creditore è in diritto di chiedere dalla autorità giudiziaria la facoltà di acquistarla a spese del debitore (arg. art. 1220). [2] Tuttavia, se trattisi di derrate o merci aventi un corso certo, il giudice può anche condannare il debitore al pagamento dei danni, i quali comprendono necessariamente la differenza in più tra il prezzo convenuto per l'acquisto e il valore delle cose nel giorno, in cui il debitore ne avrebbe dovuto fare la consegna. [3]

---

fronto con altri, e specialmente cogli articoli 1575 e 1805, nei quali si parla di obbligazioni di consegnare, che derivano da titoli costitutivi di diritti personali e non reali, e sono in verità la sequela di una obbligazione di fare. Ma potranno essere addotti in contrario due argomenti tratti del pari dalle parole dei testi; perciocchè primieramente nell'articolo 1819 è detto che il mutuante *consegna* al mutuatario una data quantità; e l'articolo 1878 dice invece, che il debitore *dà* al creditore una cosa mobile; nel mentre al contrario il mutuo *trasferisce* la proprietà, e il pegno non conferisce che un diritto di prelazione: ciò dimostra che l'uso dei due verbi *dare* e *consegnare* non è stato regolato dal pensiero di esprimere due idee diverse. In secondo luogo l'articolo 1220 che ha per obbietto una obbligazione di fare, limita questa alle opere, autorizzando il creditore a farla adempire egli stesso a spese del debitore che non la eseguisca. Ma se l'obbligazione di fare non comprende a senso dell'articolo citato, quella di consegnare, non resta che riferir questa fra quelle di dare. Per queste ragioni reputo che non sia accettabile questa dottrina; e ritengo invece colla maggioranza, che l'obbligazione di consegnare sia anch'essa una obbligazione di dare (Vedi Demolombe, XXIV, 296).

[1] Delvincourt, II, pag. 527; Larombière, I, art. 1137, n. 4; Demolombe, XXIV, 399; Aubry e Rau, IV, § 299, pag. 40.

[2] Consulta Toullier, VII, 64; Aubry e Rau, IV, § 299, pag. 40-41.

[3] Aubry e Rau, loc. cit.

Quanto poi alla esecuzione della obbligazione di fare, è necessario di distinguere, se essa richiegga o no l'azione personale del debitore; poichè nel primo caso non può essere questi costretto ad eseguirla e si risolve invece nella obbligazione di danni;[1] essendo da una parte a ciò impotente la forza materiale, e dall'altra non permettendone l'impiego l'inviolabilità personale. Non può essere il debitore costretto ad eseguirla nè per via diretta con coazione personale, nè per via indiretta, con condanne pecuniarie eccedenti l'ammontare dei danni; per esempio colla condanna di pagare un tanto per ogni giorno finchè non la eseguisca. Se il debitore però non si rifiuta ma ritarda solamente l'esecuzione della sua obbligazione di fare, il giudice può condannarlo a pagare, come danno, un tanto per ogni giorno di ritardo, limitando peraltro l'effetto della condanna ad un tempo determinato, e riservando di pronunziarsi in modo definitivo allo spirare di tal tempo;[2] il debitore inoltre ha la facoltà di arrestar sempre l'effetto di questa condanna, dichiarando di non potere o non volere eseguire la sua obbligazione, e chiedendo ad un tempo la liquidazione definitiva dei danni.[3]

Nel secondo caso il creditore che lo chiede, può essere autorizzato a fare adempire egli stesso a spese del debitore l'obbligazione di fare (art. 1120). Ma ad un tempo l'autorità giudiziaria può condannare il debitore ad eseguirla entro un dato termine, sotto pena di danni fissati anche ad un tanto per ogni giorno di ritardo; od anche a pagare una somma determinata.[4]

Finalmente l'obbligazione di non fare si risolve per natura sua in obbligazione di danni nel caso in cui il debitore vi contravviene (art. 1221). Tuttavia ove sia possibile la distruzione

---

[1] Nemo ad factum precise cogi potest (Leg. 68, D. de rei vind. VI, 1; Demolombe, XXIV, 494).

[2] Consulta Demolombe, XXIV, 495-497.

[3] Consulta Demolombe, XXIV, 497.

[4] Larombière, I, art. 1144; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 42; *contro* Demolombe, XXIV, 503-506.

di ciò che si è fatto in contravvenzione alla medesima; il creditore può chiedere che il debitore lo distrugga lui entro un termine, sotto pena di danni da fissarsi a un tanto per ogni giorno di ritardo, o che egli medesimo sia autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo sempre il risarcimento dei danni (art. 1222).

28. Medesimamente rapporto all' obbietto, le obbligazioni si distinguono in *istantanee* e *continue*. Sono istantanee le obbligazioni, quando la prestazione per esse dovuta si compie in un istante o in un tempo sì breve da non meritare considerazione, qual è per esempio l' obbligazione di pagare una somma di denaro, di consegnare una cosa venduta. Nelle continue invece la prestazione ha una durata più o meno lunga, od anche illimitata; tal è per esempio, l' obbligazione del locatore di far godere; del debitore di una rendita vitalizia o perpetua di pagarla. [1]

29. Rispetto all' obbietto, le obbligazioni si distinguono pure in *divisibili* e in *indivisibili*. Prima di spiegare questa distinzione, giova di determinare le ipotesi in cui essa ha importanza, e trova applicazione. Esse sono due, cioè: *a)* quando più creditori o più debitori abbiano originariamente formato l' obbligazione; *b)* quando l' unico creditore o l' unico debitore originario sia rappresentato da più eredi prima che l' obbligazione si estingua. Poichè in tali ipotesi solamente una obbligazione divisibile può esser divisa fra i creditori o fra i debitori, ed essere eseguibile per parti; mentre al contrario, se non v' ha che un solo creditore o un solo debitore, l' obbligazione deve eseguirsi fra loro per intero e in un tempo solo (salve le clausole speciali del titolo) senza aver punto riguardo al suo carattere di divisibile o di indivisibile: divisibile, deve eseguirsi fra loro, come se fosse indivisibile; per esempio, se ti ho venduto un fondo per mille lire, io non posso nè pretendere, nè essere obbligato di darti parte del fondo; e tu dalla tua parte non puoi essere obbligato, nè

---

[1] Consulta Savigny, Tratt. delle oblig. I, § 28, II.

pretendere di pagarmi parte del prezzo (art. 1204); [1] ma è in facoltà delle parti contraenti di derogare a questi principî; può cioè il creditore concedere al debitore di pagare a rate: allora trattandosi di obbligazione divisibile, ogni pagamento parziale libera il debitore. [2] Del pari in quelle ipotesi soltanto può aver valore la indivisibilità della obbligazione; impedendo che il debito si divida fra gl' interessati, e facendo apparire in ordine al pagamento, ciascun di essi come unico creditore o unico debitore. [3]

Dopo ciò, le obbligazioni sono *divisibili* o *indivisibili;* secondochè hanno per oggetto una cosa o un fatto positivo o negativo capace o no di divisione.

Per la divisibilità dell' obbligazione, non si richiede che il suo obbietto possa dividersi materialmente; basta che esso sia divisibile intellettivamente, sia cioè capace di essere diviso in parti ideali le quali perciò possono formare oggetto di altrettante obbligazioni analoghe l' una all' altra e alla intera; per esempio se io mi obbligo di venderti la mia vacca, tre settimane dopo che avrà partorito, e nel frattempo io venga a morire, lasciando tre eredi, ciascuno di questi è tenuto a trasmetterti la terza parte di proprietà che ha sulla vacca medesima. [4]

Una obbligazione che ha l' obbietto materialmente o intellettivamente divisibile, è e rimane divisibile, quand'anche siale correlativa una obbligazione indivisibile; per esempio l' obbligazione di più committenti di pagare ad un pittore il prezzo del quadro commesso, opera indivisibile, non è punto indivisibile, sebbene indivisibile sia l' obbligazione del pittore di fare il quadro. [5]

---

[1] Leg. 41, § 1, D. de usur. XXII, 1; e arg. Leg. 10, C. de iudiciis, III, 17.

[2] Leg. 9, § 1, D. de solut. XLVI, 3; Leg. 2, § 2 e 3, D. de verb. obl. XLV, 4.

[3] Guardiamoci però di non confondere la solidarietà colla indivisibilità (Vedi appresso in questo num. versic. *L' obbligazione solidaria).*

[4] Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus: sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore (Leg. 5 princ. D. de stipul. serv. XLV, 3; vedi pure Leg. 9, § 1, D. de solut. et liber. XLVI, 3).

[5] Demolombe, XXVI, 529.

Quanto poi all'obbligazione indivisibile, essa può esser tale o in *modo assoluto* ossia *per natura*, o in *modo relativo* ossia *per contratto*; poichè il suo oggetto può essere e materialmente e intellettivamente indivisibile *per natura sua*; e può esser anche di sua natura capace di divisione, ma essersi considerato nel *contratto* come indivisibile, dalle parti contraenti per ragione sia di utilità, sia di uso, sia di destinazione del medesimo (articolo 1202). Suole aggiungersi a queste due, una terza specie di obbligazioni indivisibili, per ragione del pagamento che deve farsi per intero da uno dei debitori, sebbene l'obbietto sia divisibile *(indivisibiles solutione)*; ma tale indivisibilità riguarda evidentemente la esecuzione della obbligazione, e non la obbligazione, la quale anzi è divisibile, e si divide in effetto fra i creditori; tale indivisibilità non è realmente altro che una eccezione alla regola che governa gli effetti della obbligazione divisibile fra i debitori. [1]

---

[1] Sembra che i giureconsulti romani non abbiano fatto studi speciali intorno alla divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni. Ma nel Digesto si rinvengono sparsi qua e là alcuni frammenti preziosissimi di Paolo, Ulpiano e Gaio (Vedi specialmente Leg. 2, § 1, 2 e 3; Leg. 72 e 78, D. de verb. oblig. XLV, 1; Leg. 9, § 1 e Leg. 72, D. de solut. et lib. XLVI, 3; Leg. 80, § 1, D. ad Leg. Falc. XXXV, 2). L'idea che gl'interpreti moderni sulla base di tali frammenti ne danno, della divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni è questa. Una obbligazione è divisibile o indivisibile, secondochè sia o no capace di essere frazionata in parti, analoghe l'una all'altra e all'intiera. L'impossibilità del suo frazionamento può dipendere dal suo obbietto o dalla sua forma. Rispetto all'obbietto sono divisibili tutte le obbligazioni, aventi per oggetto una cosa corporale, e consistano sia *in dando, vel retrodando*, sia *in tradendo, vel restituendo:* nulla rileva che la cosa non possa dividersi materialmente; bastando che sia divisibile intellettivamente, ma in questo secondo caso l'obbligazione è indivisibile *solutione*. Quanto alle obbligazioni che hanno per obbietto la costituzione di un diritto reale, esse sono indivisibili, se tendono a procurare una servitù prediale o le servitù personali d'uso e d'abitazione; altrimenti sono divisibili. Finalmente le obbligazioni di fare o di non fare sono ora divisibili ed ora indivisibili; secondochè del pari divisibile o indivisibile è il fatto positivo o negativo: è indivisibile il fatto positivo che non può considerarsi eseguito, se non quando sialo per l'intero, e sino a che ciò non si verifica, si ha per inesistente; è del pari indivisibile il fatto negativo che non può considerarsi omesso, se

Sono indivisibili per natura dell' obbietto le obbligazioni

---

non quando lo sia per intero. Rispetto alla forma sono indivisibili le obbligazioni che hanno per obbietto una cosa in generale, o più cose alternativamente, per loro natura divisibili, inquantochè il creditore è in diritto di esigere una cosa intera, e non parti di più cose. Ma questa indivisibilità riguarda l'esecuzione della obbligazione, e non l'obbligazione che considerata in sè è divisibile; inoltre essa vien meno quando le cose dovute *in genere* sono fungibili, e quando il debito generico o alternativo obbliga alla prestazione congiunta di più cose da ripartirsi esattamente fra i diversi creditori o debitori (Consulta Van Wetter, I, § 185). Ma se in questi sommi principî l'accordo fra gl'interpreti è senza dubbio pieno; v' hanno dei dissidi gravi e profondi in alcune quistioni importantissime; accennerò qui a due soltanto di esse; la clausola penale rende o no per volontà delle parti *(contractu)* indivisibile l'obbligazione alla quale è apposta? (in senso affermativo tra gli altri Doveri, II, § 240; in senso negativo Maynz, II, § 276): l'obbligazione dei danni in sequela dell'inadempimento di un'obbligazione indivisibile, si divide o no fra i debitori? (Vedi appresso, n. 31 in fine). Ma per l'intelligenza esatta ed intera della divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni in diritto patrio, è necessario di conoscere le idee esposte su questa materia dal celebre Dumoulin nella sua opera *Extricatio labyrinti dividui et individui;* poichè le sue idee furono riprodotte da Pothier nel suo trattato *Des obligations;* in Pothier gli autori del Codice napoleonico attinsero le disposizioni che vi regolano le obbligazioni divisibili e indivisibili; e finalmente i compilatori del Codice patrio vi riprodussero le stesse disposizioni alquanto migliorate. Or bene Dumoulin e Pothier distinguono tre specie d'indivisibilità, *a) contractu vel natura; b) obligatione; c) solutione.* Ma anche per essi quest'ultima specie riguarda l'esecuzione dell'obbligazione e non l'obbligazione; e costituisce in verità una eccezione alla regola che governa gli effetti dell'obbligazione divisibile; perciò in definitiva a due specie si riducono secondo la loro dottrina, le obbligazioni indivisibili. Osserva però giustamente il compianto Marcadé che la prima specie è mal designata colla voce *contractu* e la seconda colla voce *obligatione;* bene invece la prima specie è indicata colla parola *natura;* essendo in verità l'obbligazione indivisibile *natura*, per essere indivisibile di sua natura l'obbietto; e la seconda specie colla voce *contractu*, perchè la sua indivisibilità dipende appunto dal modo con cui il suo obbietto capace per natura sua, ad esser diviso, è nel contratto considerato dalle parti (Marcadé, IV, 627 e seg.). La prima specie è riconosciuta dall'articolo 1217, e la seconda dall'articolo 1218 del Codice napoleonico. Quanto alla obbligazione indivisibile rispetto alla sua esecuzione nel senso sopraddetto, è riconosciuta dall'articolo 1221 5º dello stesso Codice. Nel Codice patrio le disposizioni dei due primi articoli sono riprodotte migliorate nell'articolo 1202; e quella dell'ultimo nell'art. 1205 3º. Ma ferve grandissima controversia fra gl'interpreti del Codice napoleonico, se veramente siano due diverse specie d'indivisibilità, quella chiamata da Dumoulin

intese a procurare servitù prediali o servitù personali, eccet-

---

e Pothier, *obligatione*, e da Marcadé, *contractu*, e l'altra chiamata da tutti *solutione*, o se invece non sia che una sola specie, indivisibilità *solutione*. Toullier (VI, 792), Duranton (XI, 256), Molitor, I, 265, e Rodière, De la solidarité et de l'indivisibilité (n. 327) reputano che la indivisibilità *obligatione vel contractu* non esiste, e che quella designata per tale non è che la indivisibilità, *solutione*; « ce qui dépare le sistème du Code, dice il Molitor, c'est l'article 1218, tout à fait inutile; » e l'ultimo scagliandosi contro la indivisibilità *solutione* per mantener quella *obligatione*, giunge a dire; « il faut donc reléguer l'indivisibilité purement *solutione*; parmi les entités, les quiddités, les universaux; les êtres ontologiques, c'est-à-dire, parmi les rêveries de la scolastique. » Ma la più parte degl'interpreti mantengono la distinzione; citerò fra questi Marcadé (art. 1218, I e II); Demolombe (XXVI, 530 e seg.); Larombière (II, art. 1218); Colmet de Santerre (V, 157); Mourlon (II, 1285) e Aubry e Rau (IV, § 57 testo e nota 57). A questa seconda opinione credo di dovere aderire; specialmente che mi sembra conforme ad alcune decisioni dei giureconsulti romani, e specialmente a quella di Ulpiano contenuta nella Legge 72, D. de verb. oblig. e all'altra identica di Gaio scritta nella Leg. 80, § 5, D. ad Leg. Falcidiam. Invero il primo dice: « Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae ec... Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit; utputa *functum tradi*, vel *fossam fodiri*, vel *insulam fabricari*, vel *operas*, vel quid his simile; harum enim divisio corrumpit stipulationem. » E il secondo scrive: « Neque ullum balineum aut ullum theatrum, aut stadium fecisse intelligitur qui et propriam formam, quae ex consummatione contingit non dederit » (Vedi pure Leg. 55, § 2, D. de verb. obl.). Or bene tutte queste cose considerate in sè, sono materialmente, o almeno intellettivamente divisibili: ma certamente nel contratto furono considerate come un tutto indivisibile; altrimenti lo scavo per esempio, di alquanta terra, costituirebbe una parziale esecuzione della obbligazione, mentre al contrario apparisce chiarissimamente dal testo di Ulpiano che la obbligazione di scavar la fossa, non ammette esecuzione parziale; e perciò neppure parziale liberazione del debitore. In questo senso d'altra parte è intesa da Dumoulin, Pothier, e dagl'interpreti del Codice napoleonico la indivisibilità *contractu*. Ma quale sarà il criterio per discernere una obbligazione indivisibile *contractu*, da altra che sia indivisibile *solutione*, specialmente che a detto dell'illustre Demolombe, cette distinction offre des nuances délicates? Per quanto mi consta, due distinti criteri sono stati suggeriti; il primo dagl'insigni professori Aubry e Rau (loc. cit.); il secondo dal signor Boistel (De l'indivisibilité solutione, Revue historique, 1869, XIV, pag. 146). I primi dicono « L'indivisibilité de ces dernières obligations (le obbligazioni che considero indivisibili *contractu*) est bien aussi subordonnée, si l'on veut, à la volonté des contractants, en ce sens qu'ils sont les maîtres de déterminer le rapport sous lequel la chose à livrer ou le fait à accomplir formera la matière de l'obligation. Mais ce rapport une fois

tuato l'usufrutto o un'ipoteca [1] o le obbligazioni di tollerare

---

determiné, l'indivisibilité de la prestation en devient la consequence nécessaire, à tel point que les parties ne pourraient pas, sans dénaturer l'objet de la prestation, convenir d'un paiement partiel. — Au contraire, les obligations dont s'occupe le n° 5 de l'article 1221, ont pour objet des choses ou des faits qui restent divisibles, sous quelque rapport qu'on les envisage; et si le paiement ne peut en avoir lieu par parties, ce n'est point par suite d'une impossibilité inhérente à la prestation elle-même, et parce qu'un pareil paiement dénaturerait l'objet de cette prestation, mais parce qu'il porterait atteinte aux droits du créancier, fondés sur la volonté expresse ou présumée des contractants. » Il secondo invece suggerisce questo criterio. « L'avantage indivisible que les parties ont eu en vue, est-il la cause du contrat? alors il y a indivisibilité *obligatione*. — L'avantage indivisible qu'on a eu en vue, n'est-il qu'une condition accessoire ou un motif du contrat? alors il y a indivisibilité *solutione tantum*. . . . . » Il criterio indicato dai primi è adottato da Marcadé, Larombière, Colmet de Santerre e da Demolombe. Sul secondo criterio si sono pronunziati giudizi contradittorî. Invero da una parte Aubry e Rau sono d'avviso che la dottrina del signor Boistel non sia esatta: « elle conduit, à des conséquences que nous ne saurions admettre. A notre avis, la *cause de l'obligation* est complètement étrangère à la question de sa divisibilité ou de son indivisibilité, et le *motif du contrat* ne peut jamais donner lieu qu'à une indivisibilité *solutione tantum*. » Dall'altra parte il signor Demolombe reputa che il mezzo indicato da Boistel per distinguere le due specie di obbligazioni, e sussidiato secondo lui dall'autorità di Pothier, sia molto ingegnoso; « il s'ajoute, en le complétant, à celui que nous venons d'indiquer; et les deux moyens réunis nous paraissent fournir un *criterium*, logique en théorie, et satisfaisant en pratique, pour distinguer l'une d'avec l'autre nos deux espèces d'indivisibilité. » A me sembra che le osservazioni critiche dei signori Aubry e Rau non siano complete e perciò non del tutto giuste. Il signor Boistel, secondo il mio avviso, ha voluto indicare i mezzi per riconoscere quale volontà siasi avuta dalle parti, se di creare cioè una obbligazione indivisibile in sè, o nella sua esecuzione; e sotto questo aspetto è vero il giudizio del signor Demolombe. Ma que' mezzi sono acconci a condurci alla mèta, cioè alla cognizione della volontà avuta dalle parti contraenti? Dubito persino di ripetere cogli stessi Aubry e Rau che il motivo del contratto non possa dar luogo che ad una indivisibilità *solutione*; poichè chi può negare alle parti contraenti di considerare pel motivo di fatto del contratto, come indivisibile un oggetto divisibile per natura sua? Dall'altra parte, se la causa della obbligazione, siccome è indubitato, è del tutto estranea alla divisibilità o indivisibilità delle obbligazioni, come può dirsi che data tale, l'obbligazione medesima sia indivisibile? Siccome già si presente trattasi essenzialmente di una quistione di volontà, da risolversi considerati i fatti e le loro circostanze.

[1] Stipulationes non dividuntur earum rerum quae divisionem non reci-

l'esercizio di esse o di non esercitarle. Sono del pari indivisibili per la stessa ragione le obbligazioni che hanno per obbietto un fatto positivo che non può compiersi in parte, per esempio l'obbligazione di andare in un dato luogo, o un fatto negativo che non può omettersi in parte; esempligrazia, l'obbligazione di non impedire il passaggio promesso. [1]

Fra le obbligazioni indivisibili *contractu* poi va noverata quella di consegnare un'area che sia stata acquistata per costruirvi un edifizio; poichè la destinazione dichiarata nel contratto, dà alla medesima il carattere di un tutto unico indivisibile; sebbene l'area medesima sia divisibilissima anche materialmente. Tale è del pari l'obbligazione di edificare una casa, un teatro, un'officina; perchè ciascuna di queste opere è considerata nella sua forma compiuta; onde servir possa alla sua propria destinazione e dare que' vantaggi che il committente ebbe in mira di ritrarne; eppure la casa è divisibile anche materialmente per piani e in qualche caso anche in porzioni verticali; e gli altri due edifizi sono al certo divisibili intellettivamente.

Al contrario non può considerarsi indivisibile neppure *contractu* l'obbligazione stipulata in solido (art. 1203); come in

---

piunt: veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, caeterarumque servitutum (Leg. 72 princ. D. de verb. obl. XLV, 1; consulta pure Leg. 2, § 1, D. eod.; Leg. 80, § 1, D. ad Leg. Falc. XXXV, 2).

[1] È noto come in ogni tempo qualcuno ha insegnato che tutte le obbligazioni di fare o di non fare, siano indivisibili (vedi fra i moderni Molitor, I, 357); ma è pur noto come tale dottrina è stata costantemente combattuta: tali obbligazioni sono certamente il più delle volte indivisibili; possono però essere anche divisibili; per esempio, l'obbligazione che tu assumessi, di trasportare dalla mia villa in città i prodotti dei miei fondi, è senza dubbio divisibile, poichè puoi trasportarne una parte soltanto, ed eseguire di tal maniera solamente in parte la medesima. Del pari l'obbligazione da te assunta di non tagliare il tuo bosco, perchè io vi possa esercitar la caccia, è divisibile, potendo mancarvi in parte, e in parte adempirla, tagliandone una porzione (Consulta Leg. 80, § 1, D. ad Leg. Falc. XXXV, 2; Leg. 72 princ. e Leg. 85, § 2, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 15, § 1, D. de oper. libert. XXXVIII, 1; Leg. 54, § 1, D. de verb. oblig. XLV, 1; Pothier. Des obl. n. 290; Demolombe, XXVI, 528 e seg.).

senso inverso, una obbligazione indivisibile non è per questo solo suo carattere, solidaria.

L'obbligazione solidaria e la indivisibile hanno comune questo effetto; che cioè ciascuno dei creditori può esigere contro ciascuno dei debitori l'intero debito; ma tale effetto ha luogo nella prima per la sua natura stessa; poichè come si è detto, ciascuno v'è realmente creditore o debitore della totalità; nella seconda a cagione della impossibilità di eseguirla per parti; nel mentre in verità ciascuno non è per essa creditore o debitore che di una parte della cosa che ne forma l'obbietto; perciò quell'effetto nella prima si produce, benchè la cosa da prestarsi sia divisibile, nella seconda verrebbe meno ove la cosa prestar si potesse per parti. [1]

Una obbligazione indivisibile sia per natura, sia per contratto, rimane sempre tale, quantunque nel caso d'inadempimento, possa mutarsi in obbligazione di danni o di penale. Ma questa è divisibile sempre per natura del suo obbietto; ammeno di dichiarazione contraria delle parti contraenti.

30. Gli effetti di una obbligazione divisibile contratta a favore di più creditori, o assunta da più debitori, furono determinati nel discorrere delle obbligazioni multiple semplicemente congiunte, alle quali rispetto ai subbietti essa appartiene. Interessa nondimeno di richiamarli in questo luogo, per conoscere le modificazioni che subiscono in forza dell'articolo 1205.

Pertanto nel primo caso si reputa che ciascuno dei creditori abbia stipulato la obbligazione per la rispettiva parte della cosa che ne forma l'oggetto; dimodochè si hanno tanti crediti, quanto i creditori. Perciò ciascuno di essi non ha diritto e non può dimandare che la parte della cosa per la quale ha stipulato l'obbligazione; quand'anche questa sia indivisibile *solutione*; perciocchè la legge in tale ipotesi modifica gli effetti della divisibilità della obbligazione rispetto ai debitori solamente (articolo 1205 princ.). [2] Del pari l'interruzione o la sospensione

---

[1] Consulta Duranton, XI, 266; Marcadé, art. 1206; Mourlon, II, 1300 e 1301.

[2] Duranton, XI, 276; Marcadé, art. 1221, n. 1 e 3; Rodière, op. cit. n. 384; Aubry e Rau, IV, § 301, pag. 53 testo e nota 25.

della prescrizione per parte di uno non giova agli altri, quand'anche la obbligazione divisibile non possa eseguirsi per parti, cioè sia indivisibile *solutione* (arg. *a contr.* art. 1205). Nel secondo caso reputasi che ciascuno dei debitori non abbia promesso che una parte della cosa dovuta; di guisa che si hanno tanti debiti distinti, quanti i debitori, piuttosto che tante frazioni di un unico debito; perciò ciascun debitore non è tenuto e non può essere convenuto a pagare che la parte della cosa che si reputa abbia promesso (art. 1204). Questa regola però va soggetta ad eccezione nei seguenti casi:

1º Quando sia dovuto un corpo individualmente determinato, per esempio il fondo Corneliano, il cavallo Alà; in questo caso, quello dei condebitori che per effetto della divisione trovasi in possesso della cosa, può essere convenuto dal creditore a fargliene la consegna (art. 1205 alinea); nè gli è dato di evitare la condanna, chiamando in causa gli altri condebitori; poichè non ammessa la divisibilità, è ritenuto come obbligato per la totalità; per esempio, se io abbia dato a comodato a Paolo un cavallo, e questi venga a morire prima di restituirmelo, lasciando tre eredi, potrò agire coll' azione di comodato contro quello degli eredi che possegga il cavallo medesimo.[1] La stessa cosa dicasi di un fondo dato in affitto e ritenuto da uno degli eredi dell' affittuario; e per tacere di altri casi, la medesima cosa si ripeta nel caso di deposito.[2] Ma il creditore può anche in tal caso convenire ciascuno dei debitori a prestargli la rispettiva parte della cosa medesima; poichè la divisibilità fra i condebitori non è ammessa che a favore di lui. Ma se la cosa si possegga *pro indiviso* da tutti i condebitori, deve a ciascuno di essi dimandarsene la parte che singolarmente deve, o il tutto a tutti in comune; perciocchè in tale stato di cose niuno di essi ha da solo il potere di consegnarlo intero.[3]

---

[1] Leg. 3, § 3 e Leg. 5, § 15, D. Commod. XIII, 6.

[2] Leg. 1, § 43, D. depositi, XVI, 3.

[3] Duranton, XI, 283 e seg.; Larombière, II, art. 1221, n. 7; Demolombe, XXVI, 566; Aubry e Rau, IV, § 301, pag. 54.

Tuttavia ciascuno non è definitivamente liberato se non quando tutti hanno prestato la loro parte.[1] Se trattisi invece di una cosa determinata soltanto nella sua specie, deve decidersi in base alla disposizione dell'articolo 1205 3°, se l'obbligazione di cui essa è l'obbietto, sia o no indivisibile *solutione*;

2° Quando un solo dei debitori sia in forza del titolo, incaricato dell'adempimento dell'obbligazione (art. 1205 2°). Per titolo qui s'intende tanto un contratto quanto un testamento.[2] Il contratto può essere quel medesimo, con cui fu costituita la obbligazione, o un atto posteriore;[3] l'uno e l'altro hanno egualmente effetto contro quello degli eredi nominatamente gravato del pagamento dell'intero debito, o contro ciascuno di essi in genere.[4] Anche in questo caso la posizione rispettiva del creditore e dei singoli debitori è identica a quella designata nel caso precedente;[5]

3° Quando risulti o dalla natura dell'obbligazione[6] o dalla natura della cosa che ne forma l'oggetto,[7] o dal fine che si è avuto di mira nel contratto,[8] essere stata intenzione

---

[1] Leg. 2, § 1, Leg. 85, § 3, D. de verb. obl.; Leg. 26, § 13 e 14, D. de cond. ind.; Leg. 15, D. de leg.; Leg. 9, § 1, e Leg. 34, § 10, D. de solut., Savigny, Delle obbligazioni, § 32.

[2] Toullier, VI, 765; Duranton, II, 289 e 290; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Larombière, II, art. 1221, n. 21; Demolombe, XXVI, 573; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 55-56.

[4] La Legge 56, § 1, D. de verb. obl., dichiara nullo tal patto, ma essa è affatto inconciliabile col testo dell'articolo 1205 2° (Consulta Toullier, VI, 772 e 773; Duranton, XI, 296; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 55-56).

[5] Consulta Rodière, op. cit. n. 397; Larombière, II, art. cit. n. 26; Aubry, e Rau, tom. e § cit. pag. 56.

[6] Ripeto colla legge l'espressione *o dalla natura dell'obbligazione*, ma forse non v'ha ipotesi in cui un'obbligazione che abbia per oggetto una cosa divisibile, divenga indivisibile *solutione* per natura dell'obbligazione medesima: gli esempi che da vari giureconsulti se ne adducono si riferiscono o alla cosa o al fine.

[7] Quale è, per esempio, l'obbligazione di consegnare una cosa determinata soltanto nella specie, come un cavallo.

[8] Quale è l'obbligazione di dare una data somma ad una persona che, stipulando, dichiarò prenderla ad imprestito per esercitare il diritto di retratto, o per liberare una persona dal carcere, o per intraprendere un viaggio.

dei contraenti che il debito non potesse soddisfarsi partitamente (art. 1205 3°). In questo caso ciascuno dei debitori può essere convenuto per l'intero (art. 1205 alinea); e vi sono del resto applicabili le regole esposte intorno al primo.

Ove il creditore abbia costretto uno dei debitori a soddisfargli il debito nella totalità, questo ha il regresso contro i condebitori; poichè in verità ciascuno fu e rimase sempre obbligato per la sua rispettiva parte, e solamente nell'interesse del creditore potè essere costretto a pagare l'intero. Nel caso però che il testatore abbia gravato del pagamento di un suo debito un solo degli eredi, importa sommamente di distinguere, se a questo impose l'adempimento della obbligazione, o il peso stesso della medesima; perciocchè in questo secondo caso l'obbligazione medesima grava sopra di lui, e soddisfacendola non ha regresso contro gli altri coeredi; poichè ha pagato un debito interamente suo. [1]

In secondo luogo deriva dal medesimo principio che la interruzione della prescrizione operata contro uno dei debitori non produce effetto contro di questo, ma non nuoce agli altri (art. 2130, alinea 1°). Produce effetto contro di lui regolarmente per la sua parte, ma se sia stato convenuto per l'intero nei tre casi eccezionali dell'articolo 1205, la interruzione della prescrizione vale per l'intero. [2]

Quanto alla clausola penale apposta ad una obbligazione divisibile; essa è subordinata alle disposizioni dell'articolo 1216.

31. L'indivisibilità dell'obbligazione produce l'effetto d'impedirne la divisione fra' debitori che l'hanno assunta, o fra i creditori che l'hanno stipulata e fra i loro rispettivi eredi.

Da questo principio scaturiscono tutti gli effetti di tale indivisibilità. Ove siano più i creditori, ciascuno di essi può agire per la totalità dell'obbligazione contro il debitore, il

sotto la condizione di prestare idonea cauzione per l'indennità degli altri, può... ecc.

[1] Consulta Duranton, XI, 292, 295 e 296; Marcadé, art. 1122, I e art. 1221, II; Larombière, II, 1121, n. 22; Demolombe, XXXVI, 271; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 56, nota 36.

[2] Consulta Aubry e Rau, IV, § 301, pag. 59 testo e nota 45.

quale per altro, pagando, resta liberato di fronte anco agli altri; ma non può ricevere una cosa diversa da quella formante oggetto della obbligazione, nè il valore invece della cosa, e molto meno può rimettere il debito intero (art. e arg. art. 1207). Tuttavia se ha ricevuto il valore della cosa od ha rimesso il debito, gli altri creditori non possono domandare la cosa indivisibile, se non addebitandosi la porzione del coerede che ha ricevuto il valore, o fatto la remissione; per esempio, se a Caio, Tizio e Seio è stata legata la servitù di pascolo, e Caio ha invece ricevuto dall' erede 1000 lire, valore di un terzo della servitù, Tizio e Seio conservano nondimeno il diritto di avere la servitù, ma debbono rimborsare l'erede delle 1000 lire; la stessa decisione deve applicarsi al caso in cui Caio avesse rinunziato alla servitù a favore del medesimo erede. Ove però dalla remissione del debito concessa da uno dei condebitori, gli altri non hanno ritratto alcun vantaggio, non si fa luogo ad alcun addebito.

In secondo luogo l'interruzione della prescrizione per parte di uno dei creditori giova anche agli altri, e loro giova eziandio la causa di sospensione propria di uno di essi; ciò è vero anche rispetto alle obbligazioni, considerate *indivisibili solutione* (art. arg. art. 671 e 682).[1]

Ove poi siano più i debitori, ciascuno di essi può essere convenuto per la soddisfazione della totalità della obbligazione. Ma il debitore convenuto può domandare un termine per chiamare in causa gli altri condebitori; poichè egli non è obbligato per l'intero, e questi invece sono con lui obbligati per le rispettive parti. I condebitori chiamati in causa debbono essere condannati con lui all'adempimento dell'obbligazione.[2] Eccezionalmente però egli non può dimandare un termine per cotale oggetto, quando il debito sia di tal natura da non poter essere

---

[1] Toullier, VI, 797; Larombière, II, art. 1225, n. 11; Marcadé, art. 1225, III; Mourlon, II, 1287; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 52-53.

[2] Duranton, XI, 303, 304, 305 e 511; Marcadé, art. 1225; Mourlon, II, 1291; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 51.

soddisfatto che da lui; in tal caso può essere egli solo condannato, salvo il regresso contro i condebitori; per esempio, se io ti abbia concesso una servitù di acquedotto sopra uno de'miei fondi, che dopo la mia morte è assegnato ad uno dei miei eredi, questi convenuto da te, deve esser condannato senza dilazione e indipendentemente da ogni chiamata in causa degli altri coeredi, a tollerare l'esercizio della servitù medesima (art. 1208).

In secondo luogo l'interruzione della prescrizione contro uno dei debitori nuoce anco agli altri (art. 2130). [1]

Da ultimo per quanto concerne il pagamento della penale apposta ad una obbligazione indivisibile, esso è regolato dall'articolo 1215. Per analogia, alla riparazione dei danni nel medesimo caso, sono tenuti *pro rata* tutti i debitori, ove siano tutti in colpa, essendo divisibile cotale obbligazione accessoria. Ma reputo che nella stessa guisa vi siano tenuti tutti, nel caso in cui per fatto di uno di essi solamente l'obbligazione indivisibile non siasi potuta eseguire; [2] salvo però il regresso dei

---

[1] Rodière, n. 395; Demolombe, XXVI, 592 e 593; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 53.

[2] È controverso nel diritto romano, e può esserlo nel diritto patrio, come lo è nel diritto francese; se l'obbligazione accessoria dei danni in sequela dell'inadempimento di una obbligazione indivisibile per fatto di uno dei condebitori si divida fra questi o debba pesare solamente sul contravventore. Molti interpreti del diritto romano reputano che si divida fra i condebitori; traendo argomento dalle decisioni date sugli effetti dell'inadempimento di una obbligazione indivisibile alla quale sia stata apposta una clausola penale, poichè esse dichiarano formalmente doversi dividere fra i condebitori la penale (Leg. 4, § 1, versic. *ab omnibus heredibus poenam committi pro portione haereditaria*, Leg. 5, § 4, combin. col § 3 in fine; Leg. 85, § 3, D. de verb. obl. XLV, 1; consulta pure Leg. 2, § 5 princ.; Leg. 3, § 1 in fin. D. eod.; Maynz, II, § 276 in fine e obser. 2ª; Van Wetter, II, § 185, pag. 652). Ma altri sono al contrario d'avviso che ciascun condebitore rimanga obbligato per la totalità dei danni (Consulta gli autori citati da Van Wetter, II, pag. 652, note 31-33). In diritto francese poi alcuni interpreti insegnano che l'azione di danni non possa esser diretta che contro il solo debitore per fatto del quale l'obbligazione indivisibile non potè essere eseguita (Pothier, Des oblig. n. 334; Marcadé, art. 1225, II; Larombière, II,

debitori che non furono in colpa, contro il contravventore per quanto i danni eccedono il valor puro e semplice della obbligazione.[1] Il creditore però può senza dubbio domandare i danni per intero contro il contravventore; il quale peraltro avrà il regresso contro i condebitori sino alla concorrenza delle loro rispettive rate del valore puro e semplice della obbligazione, restando l'eccedente dei danni a carico esclusivo di lui che ne fu la causa.[2] Se invece siano più i creditori, e rispetto ad uno di essi solamente siasi contravvenuto alla obbligazione, esso solo ha diritto alla riparazione dei danni.[3]

32. Finalmente rispetto al suo oggetto, le obbligazioni si distinguono in *determinate* e in *indeterminate*. Sono determinate quelle che hanno per obbietto una cosa certa, o determinata individualmente, o pe' suoi caratteri individuali; per esempio il cavallo Alà.[4] Indeterminate poi sono quelle, che hanno per obbietto una cosa determinata solamente nella sua specie o

---

art. 1225, n. 9; Demolombe, XXVI, 608; consulta pure Rodière, op. cit. n. 371 e seg.). Altri invece sono d'avviso che l'obbligazione accessoria dei danni si debba dividere fra tutti i condebitori; salvo però il diritto del creditore di dimandarli per la totalità al contravventore (Aubry e Rau, IV, § 301, pag. 52 testo e nota 2; Colmet de Santerre, V, 160 bis, III e IV). A quest'ultima opinione aderisco; poichè innanzi tutto è incontrastabile che la detta obbligazione è divisibile per la natura del suo obbietto, e può e deve perciò esigersene l'adempimento *pro rata* dai singoli condebitori, e non da uno di essi per l'intero. Quanto poi al continuare ad essere obbligati per le rispettive parti i debitori non contravventori, deve considerarsi che i condebitori sono tenuti congiuntamente a soddisfare per intero la loro obbligazione: or da una parte non costituisce soddisfazione di essa la disposizione mostrata da alcuno dei condebitori ad eseguirla, e dall'altra parte il rifiuto di altri a concorrere nell'adempimento della obbligazione non può esser punto assimilato ad un puro caso fortuito che libera i debitori. Ben vero il gravame della obbligazione cagionato dalla colpa di uno dei condebitori deve alla fin fine ricadere sopra di lui.

[1] Leg. 2, § 5 in fine; Leg. 85, § 3, D. de verb. obl. XLV, 1.

[2] Leg. 25, § 10 in fine, D. fam. erc. X, 2.

[3] Leg. 2, § 5 in fine; Leg. 3, § 1 princ. D. de verb. obl.

[4] È la *species*, il *corpus certum* dei romani (Vedi Leg. 6, D. de rei vind. VI, 1; Leg. 54 princ. e Leg. 83, § 5, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 26, § 1; Leg. 34, § 4 e 5, D. de legat. 1°, XXX).

pe' suoi caratteri specifici,[1] come un cavallo di razza italiana o romana e più particolarmente della razza *Silvestrelli*, o nel suo genere ossia pe' suoi caratteri generici,[2] come un cavallo, o una quantità di cose fungibili; esempligrazia, cento quintali di grano, mille ettolitri di olio; l' obbligazione in questi casi è indeterminata; perocchè resta a scegliersi nella specie o il genere la cosa da prestarsi.

Questa distinzione ha importanza, sotto due aspetti; perciocchè in primo luogo per effetto della obbligazione determinata, il debitore è tenuto a custodire e a conservare la cosa sino alla consegna, per esser questa determinata e conosciuta sin dal principio (art. 1219). Al contrario nella obbligazione indeterminata non è ordinariamente neppur concepibile che il debitore usi diligenza nella custodia e conservazione della cosa cadente sotto la specie o il genere, non essendo questa neppur conosciuta. Ma quando la specie, nella quale deve scegliersi la cosa individuale da consegnarsi al creditore, appartenga al debitore, questi è tenuto senza dubbio ad usare intorno alla specie quella diligenza che sia atta a mantenere la possibilità dell' adempimento della obbligazione da parte sua.

In secondo luogo il debitore di una cosa determinata rimane liberato colla perdita di essa, ove avvenga per caso fortuito, a lui per nulla imputabile, e più generalmente con qualunque altro avvenimento che renda impossibile il soddisfacimento della obbligazione; per esempio se la cosa medesima sia posta fuori di commercio, o si smarrisca in modo che se ne ignori assolutamente l' esistenza; invero in tali casi la esecuzione della obbligazione è divenuta impossibile, e niuno è tenuto all' impossibile (art. 1298).[3] Al contrario questa regola non è regolar-

---

[1] [2] È il *genus*, l'*incertum corpus* dei romani (Leg. 85, D. de leg. 3⁰, XXXII; Leg. 25, § 17, D. fam. erc. X, 2).

[3] Impossibilium nulla obligatio est (Inst. § 2, quib. mod. contr. obl. III, 14; Inst. § 3, de empt. et vend. III, 23; Leg. 23 e 27, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 23 in fine; Leg. 185, D. de reg. iur. L, 17).

mente [1] applicabile nelle obbligazioni indeterminate; poichè nè le specie ristrette ordinariamente, [2] nè le specie ampie o i generi o le quantità giammai periscono per intero; attalchè riman sempre o quasi sempre [3] qualche cosa della data specie o del dato genere, che può servir di obbietto alla obbligazione, e renderne perciò possibile la esecuzione (arg. *a contr.* art. cit.). [4]

La cosa da prestarsi in forza di una obbligazione di specie, di genere o di quantità, viene determinata dalla scelta; la quale per regola appartiene al debitore, dovendo l'obbligazione interpretarsi a favore del debitore, sin dove sia possibile (art. e arg. art. 1178 e 870). Egli deve valersene in buona fede, cioè non deve offrire cosa d'infima qualità, come non è tenuto a dar l'ottima; salve clausole speciali del contratto (art. 1248, vedi pure 870); [5] molto meno gli è lecito di consegnare cose fungibili viziate. Ma nulla vieta che la scelta sia conceduta al creditore, [6] o sia lasciata all'arbitrio di un terzo (arg. art. 873 e 871); allora il creditore può scegliere anche l'ottima fra le cose della specie o del genere che si trovano nel patrimono del debitore; altrimenti non è tenuto a sceglier l'infima, ma neppur può sceglier l'ottima fra tutte le cose esistenti di quella specie o di quel genere (arg. art. 873). Infine anche il terzo non può scegliere nè l'infima, nè l'ottima (arg. art. 871 comb. coll'articolo 872).

33. Passando infine a discorrere delle obbligazioni rispetto alle loro modalità, si presenta per prima la condizionale. Chiamasi obbligazione condizionale quella che dipende da una condizione. [7]

---

[1] [2] [3] I cavalli della razza *Silvestrelli* possono perir tutti; specialmente se nella obbligazione si è avuto riguardo ad uno dei cavalli tenuti in mandra in una data possessione.

[4] Inst. § 2, eod.; Leg. 58, § 1, D. pro socio, XVII, 2; Leg. 42, D. de iure dot. XXIII, 2°.

[5] Consulta Leg. 37 princ. e Leg. 110, D. de legat. 1°, XXX.

[6] Vedi Leg. 93, D. de verb. obl. XLV, 1°.

[7] Consulta C. C. Torino, 18 maggio 1866, B. XVIII, 1, 354.

La condizione in questo senso, [1] è un evento futuro ed incerto, da cui dipende la sussistenza o la risoluzione di un'obbligazione (art. 1157). Adunque non costituisce condizione, un evento passato o presente, benchè ignorato dalle parti contraenti nel momento della stipulazione della obbligazione, perciocchè o è accaduto, e l'obbligazione è pura e semplice; e non è accaduto, e questa si considera come neppure stipulata. [2] Tuttavia, finchè non sia conosciuto, se sia o no accaduto, tale evento produce effetti apparentemente analoghi alla condizione sospensiva, non potendo prima essere costretto il debitore all'adempimento della obbligazione. [3] Del pari non costituisce condizione un evento benchè futuro, se esso non sia incerto; non sia cioè di tal natura da potere o no accadere: ove esso debba accadere necessariamente, costituirà un termine, che differirà sì l'esecuzione della obbligazione, ma non terrà al certo in sospeso la esistenza di essa; nulla rileva che sia certo o incerto il tempo, in cui avverrà. [4]

Neppure costituiscono vere condizioni quei fatti il cui avvenimento futuro ed incerto è necessariamente presupposto, avuto riguardo alla natura o all'obbietto dell'atto costitutivo della obbligazione; per esempio non possono considerarsi come condizionali le obbligazioni risultanti dal contratto di matrimonio; quantunque esse non producano effetto, se non in

---

[1] Dico in questo senso, perocchè la voce *condizione* serve ad indicare molte altre cose; come ad esempio, i patti accessori di un contratto, il modo o peso, i requisiti, gli elementi di un atto, lo stato delle persone e cose simili.

[2] Inst. § 6, de verb. oblig. III, 15; Leg. 10, § 1, D. de cond. inst. XXVIII, 7; Aubry e Rau, IV, § 302, pag. 61-62.

[3] Leg. 16, D. de inius. rupt. test. XXVIII, 2; Leg. 10, § D. de cond. inst. XXVIII, 7; Leg. 100 e 120, D. de verb. obl. XLV, 1; consulta Toullier, VI, 475; Duranton, XIII; Marcadé, art. 1181; Larombière, II, art. 1168, n. 2; Demolombe, XXV, 295 e 296; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Leg. 37-39, D. de reb. cred. XII, 1; Leg. 10, § 1 in fin. D. de condit. inst. XXVIII, 7; Leg. 100, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 9, § 1, D. de nov. XLVI, 2.

quanto segua il matrimonio. Ciò è vero anche quando quei fatti siano espressamente indicati sotto forma di condizione.[1]

Le condizioni si distinguono in cinque specie. Perciocchè primieramente sono *sospensive* o *risolutive*, secondochè ad esse sia subordinato l'esistenza o la risoluzione di un rapporto giuridico: il verificarsi delle prime dà alla medesima esistenza definitiva; il verificarsi delle seconde la fa cessare (art. 1158); per esempio, v'ha condizione sospensiva, ove ti venda la mia casa per dieci mila lire, *se verrà la nave dall'Asia;* al contrario v'ha condizione risolutiva ove ti faccia tal vendita colla condizione che questa si abbia per non fatta, *se verrà la nave dall'Asia.*[2] Ma quando trattasi della traslazione di un diritto da una persona ad un'altra, la condizione risolutiva riguardo all'una, può considerarsi come sospensiva riguardo all'altra; invero, se ti vendo la casa colla condizione che sia risoluta, se verrà la nave dall'Asia, la conservazione del diritto è per te dipendente da condizione risolutiva, il riacquisto per me dipende da condizione sospensiva. Ove sia dubbioso, se la condizione sia sospensiva o risolutiva, deve ritenersi risolutiva conformemente alla regola che *conditio non praesumitur.*[3]

In secondo luogo le condizioni si distinguono in *casuali, potestative,* e *miste.* Casuale è la condizione dipendente da un evento fortuito, che non è in potere nè del creditore, nè del debitore, qual è la condizione, *se pioverà, se giungerà la nave* e simili: casuale è pure la condizione che dipende dalla volontà di un terzo; come se acquistassi da te la servitù di

---

[1] Conditiones tacitae; quae tacite insunt; quae extrinsecus veniunt, frustra adduntur (Leg. 1, § 3; Leg. 47 e 49, de cond. et demonstr. XXXV, 1; Leg. 25, § 1, D. quando dies leg. XXXVI, 2).

[2] La condizione che chiamasi risolutiva, apposta ad un'obbligazione non rende condizionale questa, sibbene la sua risoluzione, e rende questa condizionale in modo sospensivo; *obligatio pura quae sub conditione resolvitur* (Leg. 3, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 2 princ.; Leg. 1, D. de leg. com.). Se ti vendo la casa per 10,000 lire colla condizione che, se vinco la lite, la vendita sarà risoluta, tu divieni subito proprietario, ma il tuo diritto di proprietà si risolverà, se vincerò la lite.

[3] Duranton, XV, 44; Aubry e Rau, IV, § 302, pag. 61.

acquedotto, subordinatamente alla concessione della identica servitù che il tuo vicino mi faccia sul suo podere; casuale è infine la condizione dipendente dalla volontà di un terzo e dal caso insieme (arg. *a contr.* art. 1159 in fine). Potestativa è la condizione che dipende dalla volontà di uno dei contraenti, come *se anderà o non anderà a Roma;* la condizione potestativa può cessare di esser tale per circostanze che rendano incerto l'avvenimento; come se penetrerai a Parigi, durante l'assedio. [1] Da ultimo mista è quella che dipende ad un tempo dalla volontà di una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo o dal caso, come *se sposerai Caia,* o *se prenderai una bandiera all'inimico* (art. 1159).

In terzo luogo le condizioni sono *possibili* ed *impossibili* sia fisicamente, sia giuridicamente; sotto questo secondo aspetto si chiamano pure *lecite* od *illecite.* [2] Dalla condizione fisicamente impossibile deve distinguersi la necessaria, che cioè deve necessariamente accadere: ogni avvenimento positivo o negativo che sia impossibile, diviene necessario concepito in senso inverso; per esempio; la condizione *se toccherai il cielo col dito* è impossibile, la condizione invece *se non toccherai il cielo col dito,* è necessaria; al contrario, la condizione *se dimani non girerà la terra* è impossibile; la condizione invece *se dimani girerà la terra,* è necessaria. [3]

In quarto luogo, le condizioni sono *affermative* o *negative,* secondo che consistano in un evento che deve accadere, o in un evento che non deve succedere: questa distinzione è puramente teorica.

---

[1] Toullier, V, 493; Duranton, XI, 19; Marcadé, art. 1169-1171; Mourlon, II, 1195.

[2] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 64-65.

[3] Nel considerare gli avvenimenti fisicamente impossibili o necessari, come condizioni, seguo la pratica comune. Ma in verità nè gli uni, nè gli altri costituiscono vere condizioni, mancando l'incertezza. Il modo con cui è stata pronunziata la promessa, o esclude l'animo di obbligarsi, o mostra l'intenzione di obbligarsi puramente e semplicemente (Consulta Bufnoir, Théorie de la cond. pag. 18 e seg.; Van Wetter, I, § 206, pag. 731-732).

In quinto e ultimo luogo le condizioni sono *espresse* o *tacite*, secondo che sono formalmente apposte alla convenzione, o vi sono sottintese per una disposizione di legge (art. 1165 e 1080).

Ogni obbligazione reputasi non condizionale, ammenochè sia stata sottoposta ad una condizione per disposizione di legge, come la condizione risolutiva nei contratti bilaterali (art. 1165), e nella donazione (art. 1080), o per un atto della volontà dell' uomo. [1]

I contraenti possono apporre alle loro obbligazioni qualsiasi condizione loro piaccia; perocchè sono opera esclusiva della loro volontà. Ma, per quanto riguarda la condizione sospensiva, se è impossibile, come *se toccherai il cielo col dito*, è nulla l'obbligazione da essa dipendente, essendo certo che la condizione non si verificherà giammai; al contrario, se la condizione è necessaria, come *se non arresterai il corso del sole*: l'obbligazione non solamente è valida, ma deve ritenersi per pura e semplice, essendo certo che la condizione mancherà in eterno (art. 1160 e 1161).

La condizione illecita o contraria all'ordine pubblico, al buon costume o alla legge rende nulla o no l'obbligazione contratta sotto la medesima, secondo che tende a favorire gli attentati all' ordine pubblico o al buon costume e le infrazioni alle leggi, o invece ad assicurarne il rispetto. Quindi sarebbe nulla l'obbligazione che assumessi di darti 1000, *se non eserciterai il diritto di elettore, se atterrerai gli argini del mio vicino*, perchè le 1000 lire sono per te stimolo a mancare al tuo dovere di elettore, ad atterrare gli argini del mio vicino; del pari sarebbe nulla l'obbligazione che contraessi, di darti 1000, *se eserciterai il diritto di elettore, se non atterrerai gli argini del mio vicino*; [2] essendo cosa immorale di esigere prezzo per l' osservanza dei propri doveri e della legge. Ma se io avessi contratto quest' ultima obbligazione a favor tuo pel caso che un terzo non atterrasse i miei argini, l' obbligazione sarebbe valida; perchè

[1] Merlin, Rép. v° Acte sous seing. privé, § 2.

[2] Leg. 121, D. de verb. obl.; Savigny, Marcadé, Aubry e Rau, loc. cit.

non dovendo questa profittare al terzo, non è il prezzo con cui quasi compro il rispetto alla mia proprietà, ma ho una garanzia contro il fatto criminoso che da questo terzo temo.[1] Al contrario sarebbe valida la obbligazione da te contratta di darmi 1000, *se non eserciterai il diritto di elettore, se atterrerai gli argini del mio vicino;* perchè essa da una parte sta come penale in caso che mancherai al tuo dovere di elettore, o non rispetterai la proprietà del mio vicino; dall'altra si aggiunge come motivo pecuniario al motivo morale di osservare il tuo dovere di elettore, per rispettare la proprietà del mio vicino.[2] Medesimamente sarebbe valida l'obbligazione da te contratta di darmi 1000, *se un terzo atterrerà i miei argini;* perchè non solo serve in certa guisa di garantia alla mia proprietà, ma mi indennizzerà ancora in tutto o in parte del danno che l'atterramento di essi potrà cagionarmi.[3]

Quanto poi alle condizioni risolutive, debbono in generale, applicarsi ad esse le regole inverse a quelle finora esposte; quindi esempligrazia, dovrà considerarsi come pura e semplice la vendita dichiarata risolubile nel caso che *il compratore toccherà il cielo col dito,* e nulla nel caso medesimo concepito in senso negativo, che cioè *il compratore non toccherà il cielo col dito;* perciocchè nel primo caso essendo certo fin dal principio che la condizione non si verificherà mai, neppure la risoluzione potrà mai aver luogo; nel secondo caso invece la formazione e la risoluzione della obbligazione succederebbero necessariamente in un medesimo istante, avverandosi.

Rispetto alle condizioni potestative, è senza dubbio nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione, che ne faccia dipendere lo stesso vincolo dalla mera volontà di colui che si

---

[1] [2] [3] Non osta l'art. 1160, che dispone intorno alle condizioni illecite o immorali dipendenti in tutto da uno dei contraenti (Consulta Leg. 121, § 1, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 2, C. si mancip. IV, 56; Savigny, Sist. del dir. rom. III, § 122; Bufnoir, op. cit. pag. 33 e seg. e 130-131; Marcadé, art. 1172; Demolombe, XXV, 306 e 307; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 66; *contro* Larombière, il quale reputa sia nulla l'obbligazione contratta pel caso che il promittente commetta un atto illecito).

è obbligato; come se io prometta di darti mille, *se vorrò*, [1] *se mi parrà ragionevole:* invero un'obbligazione importa di sua essenza una necessità giuridica; che non può al certo sussistere colla volontà pienamente libera del promittente (art. 1162).[2] Ove però tale condizione sia apposta in un contratto bilaterale a favore di uno dei contraenti, l'obbligazione assunta dall'altro è perfettamente valida, e potrà quindi il primo chiederne l'esecuzione; ma dovrà al tempo stesso eseguire la sua che è a quella correlativa; per esempio, se mi prometti di vendere la tua casa per dieci mila, *se vorrò;* me la dovrai vendere, richiedendolo; ma ad un tempo dovrò a te pagare il prezzo, tale è pure il caso delle vendite di cose, delle quali si usa fare l'assaggio prima della compra; tale è infine il caso delle vendite contratte sotto la condizione risolutiva, *si res displicuerit.* [3] In tali casi quello dei contraenti che si è efficacemente obbligato, può far fissare un termine dall'autorità giudiziaria, entro cui l'altro debba dichiarare, se intenda o no valersi del suo diritto, e sia pronto in pari tempo ad adempiere la correlativa obbligazione; altrimenti potrebbe rimanere obbligato indefinitivamente.

Ma non può considerarsi, come rimessa alla volontà del promittente la obbligazione da lui contratta sotto una condizione che consista nel compimento o nella omissione di un fatto, per parte del debitore; semprechè questo fatto non sia

---

[1] Se invece ti avessi promesso dar 1000, *quando vorró*, v'ha obbligazione a termine (arg. art. 1173 alinea).

[2] Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit (Leg. 108, § 1, D. de verb. obl. XLV, 1; vedi pure Leg. 46, § 3, D. de verb. obl.; Leg. 35, § 1, D. de contr. empt. XVIII, 1; e consulta Toullier, VI, 494-499; Duranton, XI, 21, 22 e 23; Aubry e Rau, IV, § 302, pag. 66, 67; Larombière, II, art. 1174, n. 3; Demolombe, XXV, 314 e seg. nota 16; Marcadé, art. 1174; Mourlon, II, 1196). — Suole dirsi che queste condizioni consistono *in ipsa et mera voluntate;* e si chiamano perciò *puramente potestative* (Vedi nota 1 di pag. seg.); ma in verità non sono condizioni, non consistendo in un fatto futuro ed incerto.

[3] Leg. 3, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 4, C. de aedil. edict. IV, 58; Toullier, VI, 494; Duranton, XI, 30; Larombière, II, art. 1174, n. 11; Demolombe, XXV, 333 e seg.; Mourlon, II, 1197; Lucca, 13 gen. 1871, A. V, 2, 200.

del tutto insignificante; sarebbe dunque valida la obbligazione che assumessi sotto la condizione di *andare o non andare a Vienna, durante la esposizione.* [1] La cosa stessa dicasi, se la esistenza o la risoluzione di una obbligazione sia subordinata ad un giudizio, da pronunziarsi *arbitrio boni viri;* per esempio, la promessa di dar cento *se sarà giusto.*

34. Qualunque condizione deve essere adempita nel modo verosimilmente voluto ed inteso dalle parti; perciocchè anch'essa è una clausola convenzionale, che come ogni altra deve essere interpretata, conformemente alla volontà dei contraenti (articolo 1166).[2] Quindi una condizione non potrà ritenersi adempita, se non lo sia per intero; e perciò ove si verifichi in parte, non dà luogo a parziale purificamento della obbligazione: ciò è vero anche nel caso in cui l'obbligato lasci più eredi. [3] Del pari una condizione che consista in un fatto da compirsi da una delle parti, dovrà o no riputarsi adempita per l'esecuzione del medesimo da parte di un terzo, secondochè siasi avuto riguardo al fatto in sè, o al fatto, come opera esclusivamente personale dell'obbligato. [4]

Se non è stato fissato il tempo entro cui la condizione debba essere adempita, può adempirsi in ogni tempo (art. 1167) ed anche dopo la morte del creditore (arg. art. 1170); ammenochè consista in un fatto da compiersi da lui in persona. [5] Ma se la obbligazione contratta sotto condizione ha per oggetto una cosa determinata, la condizione si adempie inutilmente

---

[1] Suole dirsi che queste condizioni consistono *in facto a voluntate pendente;* e si chiamano *potestative,* senz'altra designazione o anche *potestative miste.*

[2] Leg. 101 princ. de cond. et demonstr. XXX, 1; Leg. 115 princ. D. de verb. obl. XLV, 1. — Colla disposizione dell'articolo 1166 è stata troncata l'antica disputa, se la condizione doveva adempirsi *in forma specifica* o se poteva adempirsi anche *per equipollens.*

[3] Leg. 22 e 56, de cond. et demonst. XXXV, 1; Toullier, VI, 598, 607; Duranton, 53, 55; Bufnoir, op. cit. pag. 72; Larombière, II, art. 1175, n. 22 e 31; Demolombe, XXXV, 336; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 68.

[4] Toullier, VI, 592 e 593; Duranton, XI, 45; Larombière, II, art. 1175, n. 5 e 6; Demolombe, XXV, 333; Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Duranton, XI, 45; Aubry e Rau, loc. cit.

dopo la perdita della medesima, avvenuta senza colpa del debitore,[1] perocchè si ha come non contratta per mancanza di oggetto (art. 1163 alinea 1°).

Questa regola però deve essere intesa ed applicata con prudente ed equo temperamento; acciò il debitore non debba rimanere vincolato indefinitamente dalla sua obbligazione senza poterla eseguire e rimaner privo di ciò pel cui conseguimento l'assunse; per esempio, se ti prometto 100, *se atterrerai gli alberi del tuo orto che mi privano di bel prospetto, di luce e d' aria*, tu dovrai atterrarli entro un tempo conveniente; ove nol faccia, potrò farti fissare dall' autorità giudiziaria un termine, dopo il quale la condizione debba aversi per mancata (arg. art. 1166 e 1173 alinea).[2]

Quando un' obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento segua in un tempo determinato, come *se giungerà entro l' anno la nave dall' Asia*, una tale condizione si reputa mancata, se il tempo sia spirato senza che l' avvenimento sia seguito; a nulla giova che in seguito l'avvenimento succeda (art. 1167);[3] se non vi è tempo determinato, come *se giungerà la nave dall' Asia*, la condizione non si ha per mancata, se non quando sia certo che l'avvenimento non seguirà; esempligrazia pel naufragio di quella nave (art. 1167).

Con questa stessa doppia regola si determina, quando debba aversi per mancata o no una condizione negativa. Quando adunque un' obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento non segua in un dato tempo, la condizione s' intende verificata, allorchè questo tempo è spirato senza che sia seguito l'avvenimento; nulla monta che in appresso l'avvenimento succeda.[4] La medesima condizione si ha del pari per verificata, se prima della scadenza del termine, divenga certo che non sarà per seguire l' avvenimento. Ove poi non sia

---

[1] Vedi num. seg. in fine.
[2] Marcadè, art. 1176; Mourlon, II, 1201.
[3] Leg. 41, § 12, de fideic. liber. XL, 5.
[4] Leg. 115 princ. in fin. D. de verb. obl. XLV, 1.

stato fissato il tempo entro cui l'avvenimento non debba seguire, la condizione non si avrà per verificata se non quando sia certo che l'avvenimento non sarà per seguire giammai (art. 1168). Ma se in quest' ultimo caso il verificarsi della condizione dipenda da un fatto che il debitore omette a danno del creditore, questi potrà parimente far fissare dall' autorità giudiziaria un termine, trascorso il quale la condizione debba aversi per verificata; esempligrazia se prometti di darmi 100, *se non atterrerai gli alberi del tuo fondo che nuocciono alla produzione del mio contiguo giardino*, potrò farti fissare un termine entro il quale tu debba atterrare gli alberi; e trascorso il quale debba considerarsi per verificata la condizione, sotto cui mi hai promesso cento lire (arg. art. 1166).[1]

Se una obbligazione sia subordinata a più condizioni; è necessario di distinguere, se queste vi siano state apposte in maniera congiuntiva o alternativa; poichè nel primo caso debbono adempirsi tutte; e una sola che non si verifichi, l'obbligazione viene a mancare per intero; nel secondo caso basta che se ne verifichi una sola.[2]

La condizione si ha per adempita, quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento col fatto suo (art. 1169);[3] ammenochè questo fatto non costituisca l'esercizio di un suo diritto (arg. art. cit.);[4] per esempio, se io abbia promesso ad un pittore 100 di più del prezzo convenuto, se finisce la pittura del mio appartamento entro un mese, e dopo 10 giorni commette un furto, pel quale lo faccio arrestare, non può al certo ritenersi come verificata la

---

[1] Leg. 68 in fin. D. de solut. et lib.; Leg. 219, D. de verb. obl.; Leg. 34 e 114, D. de regul. iuris; Marcadé, art. 1177.

[2] Leg. 78, § 1, D. de cond. et demonstr. XXXV, 1.

[3] Leg. 85, § 7, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 161, D. de reg. iur. L, 17; comb. colla Leg. 24, D. de cond. et demonstr.; Leg. 50, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 78 princ. e Leg. 81, § 1, D. de cond. et dem.

[4] Leg. 20, § 5; Leg. 38, D. de statu liber.; Leg. 115, § 2, de verb. obl.; Toullier, VI, 609 nota; Duranton, XI, 61; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1178.

condizione, per aver io posto il pittore nella impossibilità di adempirla. [1] Al contrario si ha per mancata la condizione, sia potestativa, sia mista, il cui adempimento sia stato impedito dal caso fortuito o dal fatto di un terzo. [2]

La condizione una volta verificatasi o mancata non è più soggetta alla forza di posteriori avvenimenti: verificatasi non può aversi mai più per mancata, e mancata non può mai più verificarsi. [3]

35. Finchè la condizione sospensiva penda, cioè sia ancora incerto, se si verificherà o no, l'obbligazione che ne dipende non ha esistenza definitiva, v'ha solo speranza che possa averla. Perciò infrattanto da una parte il debitore nulla deve; [4] ma dall'altra il creditore ha un diritto eventuale alla prestazione dell'oggetto della obbligazione (art. 1157 e 1158). Ciò stante, il debitore pendente la condizione, non può essere costretto dal creditore al soddisfacimento della obbligazione (arg. *a contr.* art. 1172 e 1173); [5] anzi, può ripetere ciò che spontaneamente avesse pagato per errore, credendosi cioè obbligato in modo

---

[1] Toullier, VI, 610-614; Duranton, XI, 62-65; Demolombe, XXV, 353; Marcadé, loc. cit.; Mourlon, II, 1202; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 69. — Ma in materia di legati, la condizione può aversi per adempita, giusta la volontà del testatore, quando il legatario abbia fatto, quanto era in suo potere per procurarne l'adempimento (Leg. 19 princ.; Leg. 31 e 101, D. de cond. et dem.; Leg. 8, § 7, D. de cond. inst. XXVIII, 7; Leg. 4, C. de cond. inst. fam. leg. VI, 46; Leg. 54, D. de leg. 1, XXX). V'ha chi la stessa decisione applica al creditore (Marcadé, art. 1178). Siccome trattasi di quistione di volontà, non oso respingere in modo assoluto tale applicazione; ma credo che in pratica troverà posto raramente, ma assai raramente.

[2] Leg. 72, § 7, D. de cond. et dem. XXXV, 1; Larombière, II, art. 1178, n. 2; Demolombe, XXV, 350 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 70.

[3] Conditio semel impleta non resumitur; conditio quae defuit non restauratur.

[4] Nihil interim debetur (Leg. 13, § 5, D. de pignor. XX, 1; Leg. 42 princ. D. de obl. et act. XLIV, 7).

[5] Leg. 16 princ.; Leg. 18 in fin.; Leg. 56 princ. de condict. ind. XII, 6; Duranton, XIII, 688; Larombière, II, art. 1181, n. 5; Demolombe, XXV, 338; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 71.

puro e semplice.[1] Del pari la proprietà benchè di una cosa individualmente determinata o altro diritto reale alienato sotto condizione sospensiva non passa dall'alienante all'acquirente. Perciò la cosa medesima rimane a rischio e pericolo del debitore, e questi, se la cosa perisca prima che la condizione si verifichi, non può essere costretto all'adempimento della sua obbligazione che si reputa non contratta per mancanza di oggetto; ma dall'altro canto neppur egli può costringere l'altro contraente ad eseguire la correlativa obbligazione che parimente si ha per non contratta per mancanza di causa (art. 1163 princ. e alinea 1°). Tuttavia se la cosa è intieramente perita per colpa del debitore medesimo, questi è tenuto al risarcimento de'danni verso il creditore (art. 1163 alinea 2°). Inoltre l'alienante per la medesima ragione, gode del diritto non solo di amministrazione, ma anche di disposizione della cosa medesima; e riguardo ad essa, può tanto come attore, quanto come convenuto stare in giudizio sia possessorio, sia petitorio; salvi però gli effetti della condizione, ove venga a verificarsi.[2] Da ultimo, finchè la condizione pende, la prescrizione estintiva non corre a favore del debitore (art. 2120 alinea 2°).

Quanto al creditore egli può, anche pendente la condizione esercitare tutti gli atti che tendono a conservargli l'oggetto della obbligazione, per virtù del diritto eventuale che vi possiede; per esempio, può interrompere la prescrizione, prendere l'iscrizione ipotecaria e fare altri simili atti (art. 1171). Anzi può cederlo ad altri a titolo oneroso o gratuito, e costituirvi i diritti reali, de'quali sia suscettibile.

Mi resta a notare rispetto tanto al debitore quanto al creditore, che l'obbligazione subordinata ad una condizione sospensiva si trasmette passivamente e attivamente ai loro

---

[1] Leg. 1, § 1; Leg. 16 princ. D. eod.; Leg. 53, D. de reg. iur. L, 17; Duranton, Larombière, Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Leg. 17, D. de haered. vel act. vendita; Leg. 3, C. de donat.; Toullier, VI, 473, nota.

eredi (art. e arg. art. 1170) [1] e che sopra di essa non hanno effetto le leggi nuove. [2]

Se la condizione sospensiva viene a mancare, l'obbligazione e il correlativo diritto, si hanno *ipso facto*, come non mai esistiti; attalchè il creditore che fosse stato immesso nel possesso della cosa, oggetto della obbligazione, dovrebbe restituirla con tutti i frutti e le accessioni; quasi fosse stato un creditore sotto condizione risolutiva e questa fosse mancata. [3] Del pari gli atti sfragiudiziali o giudiziali compiuti sulla cosa medesima dal debitore, incominciano a sussistere in modo definitivo ed irrevocabile. E al contrario gli atti formati sulla medesima dal creditore, si considerano come non mai esistiti.

Da ultimo, se la condizione sospensiva si verifichi, l'obbligazione e il correlativo diritto si considerano come nati in modo puro e semplice, avendo la condizione medesima per volontà presunta delle parti, effetto retroattivo al giorno in cui l'obbligazione fu contratta (art. 1170). [4] In conseguenza di questa retroattività della condizione, il comodo della cosa che forma obbietto della obbligazione, cede a profitto del creditore; per conseguenza il debitore è obbligato di consegnare la cosa, con tutte le accessioni compiutesi [5] e con tutti i frutti percepiti, [6] pendente la condizione; salvo per quanto concerne i

---

[1] Inst. § 4, de verb. obl. III, 15; Inst. § 25, de cond. et demonstr. III, 19, Leg. 8 princ. D. de par. et com. rei vend. XVIII, 6; Leg. 57, D. de verb. obl. XLV, 1.

[2] Consulta Demolombe, XXV, 362; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 75.

[3] Vedi Leg. 8, D. de peric. et comod. rei vend. XVIII, 6; Toullier, VI, 547; Larombière, II, art. 1181, n. 10; Demolombe, XXV, 376; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 75.

[4] Leg. 9, § 1; Leg. 11, § 1 in fine, D. qui potiores, XX, 4; Leg. 8 princ. D. de per. et com. rei vend.

[5] Consulta Leg. 2, § 1; Leg. 4, § 3; Leg. 6 princ. de in diem add. XVIII, 2; Leg. 19, D. de usurp. XLI, 3; Leg. 11, § 10, D. quod vi aut clam, XLIII, 24.

[6] Marcadé, art. 1179, II e art. 1182, II; Larombière, II, art. 1181, n. 14; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 75 testo e nota 62; *contro* per diverse ragioni, Toullier, VI, 541, 545 e 548; Duranton, XI, 82; Colmet de Santerre, V, 98 bis, 2; Demolombe, XXV, 401; vedi in Aubry e Rau, loc. cit., la confutazione di dette ragioni.

frutti, la contraria intenzione delle parti che può desumersi dalla natura e dalle clausole del contratto.[1] L'acquirente però dal canto suo deve all'alienante gl'interessi del prezzo, dal giorno in cui fu stipulato l'atto di acquisto.

Ma viceversa il pericolo della medesima rimane a carico dello stesso creditore, per quanto riguarda le diminuzioni o i deterioramenti che pendente la condizione possa aver subito senza colpa del debitore; attalchè deve riceverla nello stato in cui si trova, senza poter pretendere diminuzione del prezzo promesso per essa; per quanto attualmente v'abbia fra questo e il valor della cosa differenza enormissima. Ove peraltro la cosa sia deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il diritto nei congrui casi o di domandare lo scioglimento della obbligazione, per aver quegli mancato all'obbligo di custodirla e conservarla, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, oltre al risarcimento de' danni (art. 1163 alinea 3° e 4°).[2] Ove poi la cosa sia interamente perita, l'obbligazione si ha come non contratta, e perciò il debitore a nulla è tenuto. Ma gli atti di amministrazione legalmente fatti dal debitore rimangono validi.[3]

Anche riguardo al trasferimento della proprietà, la condizione produce effetto retroattivo; sicchè reputasi che l'acquirente sia divenuto proprietario della cosa sin dal giorno in cui stipulò il contratto di acquisto (art. 1125). Perciò gli atti fatti nel frattempo dal debitore non possono essere opposti al creditore; eccettochè la condizione fosse puramente potestativa da parte del debitore, o fosse costituita da un fatto da eseguirsi o da omettersi da quest'ultimo.[4] Al contrario gli atti fatti dal creditore, divengono definitivamente perfetti.

---

[1] Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Consulta Leg. 8, D. de per. et com. rei venditae, XVIII, 6.

[3] Marcadé, art. 1183, II.

[4] Consulta Leg. 9, § 1, D. qui pot. XX, 4; Merlin, Quest. v° Hypot. § 3; Toullier, VI, 546; Troplong, Des hypot. II, 74; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 77-78 testo e nota 6; *contro* quanto alla eccezione, Delvincourt, II, 484 e 485; Larombière, II, art. 1179, n. 10; Demolombe, XXV, 386 e 387.

36. Passando ora alla condizione risolutiva, finchè questa sia pendente, sia cioè incerto, se si verificherà o no, l'obbligazione si ha per contratta puramente e semplicemente; perciò da una parte il debitore è tenuto ad eseguirla, come se non le fosse stata apposta la condizione. Dall'altra parte il creditore gode di tutti i diritti ed azioni, come se la obbligazione medesima fosse pura e semplice.

Analoghe decisioni sono applicabili alla traslazione della proprietà di un immobile, fatta sotto condizione risolutiva; quindi l'acquirente godrà di tutti i diritti e potrà sperimentare tutte le azioni appartenenti ad un proprietario puro e semplice, salva la disposizione dell'articolo 1602.

Ma quegli, a cui profitto potrebbe verificarsi la risoluzione della obbligazione o del diritto di proprietà; può fare tutti gli atti che tendono a conservargli le sue ragioni (art. 1171).

Se la condizione risolutiva viene a mancare, l'obbligazione si considera, come se fosse stata contratta sin dal principio senza condizione, ossia in modo puro e semplice e perciò non subordinata mai alla eventualità della risoluzione. Del pari si reputa che nella medesima maniera fosse stata trasferita la proprietà.

Da ultimo se la condizione si verifica, l'obbligazione assunta e il diritto acquistato sotto la medesima condizione, vengono a risolversi con effetto retroattivo (art. 1158 alinea, e 1170). Conseguentemente quegli il cui diritto si risolve per il verificarsi della condizione risolutiva, deve restituire la cosa ricevuta con tutte le accessioni, ma non i frutti. [1] D'altra parte però ogni diminuzione sofferta dalla cosa medesima senza colpa del debitore, deve esser sopportata dal creditore. Ove poi la cosa sia perita, si ha per non contratta la stessa

---

[1] Nella prima edizione dissi che il debitore doveva restituire anco i frutti; salva la contraria volontà dei contraenti. Sebbene questa limitazione fosse intesa a moderare la conseguenza del principio della retroattività della condizione risolutiva, pronunziato dalla legge in termini assoluti, e rendesse alla fin fine esatta la decisione; nondimeno stimo oggi meglio di respingere in modo assoluto l'applicazione di detto principio ai frutti.

obbligazione; sicchè il debitore non è tenuto a restituir nulla, ma dall'altra parte non può ripeter nulla dal creditore; per esempio non può ripetere il prezzo dal venditore (arg. art. 1163 alinea 2°). [1]

Gli stessi principî si applicano alla proprietà; attalchè verificandosi la condizione, si reputa che non l'abbia mai avuta.

37. La condizione risolutiva, verificandosi, produce i suoi effetti di diritto e senza bisogno di sentenza che pronunzi la risoluzione. Nulla rileva che la condizione sia casuale, potestativa e mista, nè che sia espressa o tacita (art. 1158 alinea; art. e arg. art. 1080 e 1083). [2]

Nonostante questa regola però, se la condizione risolutiva sia stata apposta a favore di una delle parti contraenti; questa può anche non valersene. Supponi, esempligrazia, che io dia a te in affitto il mio appartamento per nove anni, col patto che debbasi la convenzione risolvere, *se prenderò moglie;* in questo caso tutto dimostra che la risoluzione del contratto è stata stipulata a mio favore; perciò quand'anche prenda moglie, potrò preferire di mantenere il contratto. Viceversa, se tu in previsione del tuo matrimonio prendi in affitto il mio appartamento col patto che *se quello non seguirà, l'affitto si debba risolvere;* tu potrai mantenerlo, benchè non prenda moglie; poichè anche in questo caso deve ritenersi che la risoluzione è stata stipulata a favor tuo. Trattasi del resto di quistione d'intenzione.

La medesima regola poi va soggetta ad importantissima eccezione; poichè nei contratti bilaterali, [3] se la condizione sia

---

[1] Toullier, VI, 548; Marcadé, art. 1183, I; Demolombe, XXV, 455-461; Aubry e Rau, IV, § 302, pag. 80 testo e nota 70; *contro* Duranton, XI, 91; Larombière, II, art. 1183, n. 63.

[2] Toullier, VI, 554; Marcadé, art. 1184, n. 2; Larombière, II, art. 1183, n. 37 e 38; Demolombe, XXV, 472-474; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 82 testo e nota 78.

[3] Il patto commissorio dev'essere sottinteso solamente nei contratti bilaterali o in tutti i contratti a titolo oneroso? Per la negativa, che preferisco, Aubry e Rau (tom. e § cit. pag. 82, nota 79); per l'affermativa, Valette sur Proudhon (I, 65); Duvergier sur Toullier (VI, 579) e Demolombe (XXV, 492-494).

concepita pel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione, la quale condizione suole chiamarsi *patto commissorio*, il contratto non si scioglie di diritto. In tal caso invece la parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile (senza di che si darebbe mezzo a ciascuno de'contraenti di sciogliere il contratto per sua volontà), o di domandarne lo scioglimento oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi. Se scelga il secondo partito deve dimandare la risoluzione giudizialmente e può dimandarla entro trent'anni (art. 1165). [1]

L'autorità giudiziaria può rigettare la dimanda, quando l'inesecuzione dell'obbligazione non è del tutto imputabile alla parte, o non sia abbastanza grave per legittimare la risoluzione del contratto; [2] ed anche in mancanza di tali motivi, può concedere al convenuto una dilazione, secondo le circostanze; come se per esempio, riconosca che il debitore non ha potuto eseguire la sua obbligazione per rovesci patiti nella sua fortuna, per temporanea inesigibilità de'suoi crediti e cose simili (art. 1165).

Il creditore può cambiare la scelta, finchè il debitore non siasi acquietato alla dimanda fattagli da quello, o non sia stata contestata la lite. [3]

Queste regole sono applicabili tanto se il patto commissorio sia tacito o legale, o sottinteso dalla legge, quanto se sia espresso o formalmente appostovi dai contraenti. [4] Ma sia tacito

---

[1] La dimanda di risoluzione non è rigorosamente un'azione di rescissione del contratto, la quale sarebbe soggetta alla prescrizione di cinque anni (art. 1300), ma di esecuzione del patto commissorio espresso o tacito.

[2] Aubry e Rau, III, 55.

[3] Consulta Marcadé, art. 1184, I.

[4] Marcadé, art. 1184, III; Larombière, II, art. 1184, n. 53; Colmet de Santerre, V, 105 bis, I; Demolombe, XXV, 548 e 549; Mourlon, II, 1216; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 83 testo e nota 83; *contro* Delvincourt, II, pag. 133 e 487, nota; Toullier, VI, 554; Duranton, XI, 88; Troplong, De la vente, I, 161, e II, 666. Questi ultimi reputano che il patto commissorio espresso produca la

o espresso il patto commissorio, la risoluzione avrà luogo pari-

---

risoluzione *ipso iure*, e che solo il tacito non la produca *ipso iure*. Essi traggono argomento *a contrario* dalle espressioni *pel caso* e in *questo caso* che si leggono nell'articolo 1184 del Codice napoleonico e nell'identico articolo 1165 del Codice patrio. « Ma, riproducendo il riassunto degli argomenti della prima opinione, fatto dai signori Aubry e Rau, ne sembra che la seconda espressione *in questo caso* non faccia l'ufficio di limitare la disposizione dell'articolo 1165 al patto commissorio tacito, sibbene di mettere in rilievo la differenza fra la condizione risolutiva in genere e il patto commissorio: in questo senso l'articolo 1184 del Codice napoleonico fu interpretato da Bigot-Préameneu, nella esposizione dei motivi al Corpo Legislativo (Locré, Lég. XII, pag. 342, n. 70). Dall'altro canto, non sarebbe contrario alla massima che *nemo ius ignorare censetur* e all'articolo 1124 l'attribuire più forza alla convenzione che riposa sulla volontà espressa delle parti, di quello che alla convenzione fondata sulla loro volontà legalmente presunta? E perchè mai una convenzione che la legge sottintende in un contratto, indipendentemente da ogni stipulazione, sarà eseguita con più rigore, quando le parti si sono prese la inutile cura d'inserirvela formalmente? » Seguendo l'utile esempio del signor Mourlon (n. 1215), spiego la differenza fra la condizione risolutiva ordinaria e il patto commissorio e le sue conseguenze con una esposizione di confronto:

Io ti vendo la mia casa *A* per 100,000 lire pagabili entro l'anno 1869. Finisce l'anno e tu non mi hai pagato.

1° La risoluzione non ha luogo di diritto; il venditore deve dimandarla all'autorità giudiziaria. Questa non è tenuta a pronunziarla; la legge le permette di concedere al compratore una dilazione pel pagamento, e se questi paga nel termine concessogli, lo scioglimento del contratto non ha più luogo. L'autorità giudiziaria adunque deve compiere un doppio officio: essa deve esaminare, 1° se il compratore abbia pagato o no il prezzo; 2° se il compratore che non l'ha pagato meriti che gli si conceda un termine. Adunque la risoluzione non ha luogo di diritto in questo senso che non ha luogo che

Io ti vendo la casa *B* per 15,000 lire con la condizione che se vincerò la lite la vendita sarà risoluta.

1° La risoluzione ha luogo di pieno diritto; non è necessario che il venditore ottenga una sentenza che la dichiari. Egli per certo deve adire l'autorità giudiziaria, se sostiene che la condizione risolutiva non si è verificata, perocchè ogni pretesa avanzata da una delle parti e contestata dall'altra dà luogo ad un processo; ma l'autorità giudiziaria, la quale riconosce che la condizione risolutiva si è verificata, non può non pronunziare la risoluzione del contratto. Essa non dichiara sciolta la vendita; dichiara soltanto che la risoluzione ha avuto luogo e ordina al compratore di restituire la

mente di diritto, quando le parti abbiano ciò formalmente pattuito; salvo sempre a favore della parte, verso cui l'obbli-

---

dal momento in cui sia pronunziata giudizialmente; e in questo senso ancora che l'autorità giudiziaria non è tenuta a pronunziarla.

2° La risoluzione non ha luogo che in quanto il venditore la dimanda: essa è per lui facoltativa, può quindi rinunziare alla facoltà di domandarla; e reputasi che vi abbia rinunziato, se, ad esempio, fa remissione al compratore del debito del prezzo. Tale rinunzia ha l'effetto di rendere la vendita irrevocabile: il compratore non diviene già proprietario per l'effetto di un nuovo contratto; egli resta definitivamente proprietario. Adunque la risoluzione non ha luogo di diritto, in questo senso che non può essere dimandata che da una delle parti, da quella che ha eseguito la sua obbligazione, la quale, nel caso nostro, è il venditore; e in questo senso ancora che la risoluzione è per essa facoltativa; dimodochè se vi rinunzia, la vendita diviene irrevocabile.

3° La risoluzione non può essere invocata dai terzi, nè opposta da questi al compratore, finchè il venditore non l'ha fatta pronunziare giudizialmente: egli solo ha la facoltà di farla pronunziare. Io suppongo che l'immobile comprato sia posseduto attualmente da un terzo che sia in via di acquistarlo per prescrizione; il compratore lo riven-

cosa che gli era stata venduta. Adunque la risoluzione ha luogo di diritto, in questo senso che non è necessario che sia pronunziata giudizialmente; e in questo senso ancora che l'autorità giudiziaria, adíta che sia, non ha la facoltà di non pronunziarla.

2° La rivocazione ha luogo, lo voglia o no il venditore: al verificarsi della condizione, a cui è subordinata la risoluzione del contratto, la vendita è ridotta al nulla e considerata, come se non fosse mai esistita. Chè se il compratore acconsente a conservare la proprietà, la convenzione che fra esso e il venditore si forma non rende già irrevocabile l'antica vendita, ma al compratore fa acquistare di nuovo e dalla data della nuova convenzione la proprietà di cui il verificarsi della condizione lo aveva privato retroattivamente. Adunque la risoluzione ha luogo di diritto in questo senso che può invocarla l'una e l'altra delle parti contraenti; e in questo senso che ha luogo loro malgrado.

3° La risoluzione può essere invocata da ogni persona interessata. Così nell'ipotesi qui di contro il terzo possessore vincerà contro il compratore che sperimenta l'azione rivendicatoria, opponendo a questo che la vendita che lo aveva investito del diritto di proprietà è risoluta per essersi verificata la condizione. Adunque la risoluzione

gazione non è eseguita, il diritto di esigerne la soddisfazione, anzichè prevalersi dello scioglimento del contratto. [1]

La condizione risolutiva verificandosi, produce effetto retroattivo anche contro i terzi; salve le contrarie disposizioni di legge. È indifferente che essa consista nel patto commissorio, o in altro avvenimento; ed è pure indifferente che la risoluzione sia dichiarata da sentenza, o sia ammessa dalla parte contraente che non trovasi in istato di eseguire la sua obbligazione. [2] Ma gli atti di ordinaria amministrazione legalmente fatti dal debitore continuano a sussistere (art. e arg. art. 1528 alinea). [3]

---

dica: il terzo possessore non può respingere l'azione vindicatoria, opponendo all'attore che l'immobile non gli appartiene più per non aver pagato il prezzo nel tempo convenuto. Finchè il venditore non reclama, finchè egli non fa pronunziare giudizialmente la risoluzione della vendita, questa sussiste e il compratore si reputa proprietario. Adunque la risoluzione non ha luogo di diritto in questo senso che non può essere invocata dai terzi, sino a che non sia stata pronunziata giudizialmente sulla dimanda del venditore.

4° Se l'immobile venduto non trovasi più presso il compratore, il venditore non può agire con la rivendicatoria contro il terzo possessore, finchè non abbia fatto pronunziare contro il compratore la risoluzione della vendita; perocchè sino a tal punto il compratore continua ad essere proprietario dell'immobile.

ha luogo di diritto in questo senso che è assoluta e può essere invocata da ogni persona interessata.

4° Dal momento che si è verificata la condizione, a cui era subordinata la risoluzione della vendita, il venditore può agire con la rivendicatoria contro i terzi che posseggono la cosa venduta, perchè da tal momento è nuovamente divenuto proprietario dell'immobile.

[1] Troplong, op. cit. II, 667; et Du louage, II, 321; Marcadè, art. 1184, II; Larombière, II, 1184; Demolombe, XXV, 550-553; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 84.

[2] Consulta Larombière, II, art. 1184, n. 72; Demolombe, XXV, 548; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 85.

[3] Demolombe, XXV, 464, 537 e 538; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 81.

Resta a notare che le regole esposte intorno all'effetto della condizione risolutiva, sono applicabili senza riserva alle obbligazioni istantanee; mentre al contrario nelle continue, la condizione risolutiva verificandosi, le fa cessare, piuttosto che risolvere (art. 1236 alinea 8°). [1]

38. La seconda modalità che può apporsi ad una obbligazione, è il termine. Chiamasi termine il tempo al quale è differita la esecuzione o la risoluzione, o meglio la estinzione di un'obbligazione. Donde appare che la differenza capitale fra il termine e la condizione consiste in ciò che quello a differenza di questo, tiene in sospeso la esigibilità e non la esistenza della obbligazione (art. 1172). [2]

Il termine si distingue in varie specie. Perciocchè in primo luogo, esso a modo della condizione si distingue in *sospensivo* e *risolutivo;* o meglio, a quanto mi sembra, in *dilatorio* e *finale:* il primo ritarda l'esecuzione della obbligazione (*dies a quo, ex die;* art. 1172); [3] il secondo ne segna la fine (*dies ad quem, ad diem, in diem;* art. 515 alinea 2°, art. 1591 ed altri). [4]

Il termine si distingue pure in *certo* ed *incerto;* è certo quando il tempo in cui scaderà, è conosciuto anticipatamente, come se mi obbligo di restituirti per la fine dell'anno corrente le 1000 lire che mi hai imprestato. [5] È incerto quando scaderà al verificarsi di un evento che dovrà necessariamente accadere ma in un tempo più o meno lontano, come se ti prometto di dimettere i tuoi debiti, quando morrai. [6] Ma se sia incerto l'evento medesimo, si avrà una condizione e non un termine incerto, come se ti prometto concederti l'abitazione,

---

[1] Larombière, II, art. 1183, n. 72; Demolombe, XXV, 469.

[2] Inst. § 2, De verb. obl. III, 15; Leg. 213 princ. D. de verb. sign. L, 16; Leg. 46 princ. de verb. obl. XLV, 1.

[3] [4] Vedi Inst. § 3, De verb. obl. III, 15; Leg. 44, § 1, D. de obl. e act. XLIV, 7; Leg. 56, § 4, D. de verb. obl. XLV, 1.

[5] [6] Leg. 1 princ. § 1-2; Leg. 76, D. de cond. XXXV, 1; Leg. 16, § 1; Leg. 17 e 18, D. de condict. indeb. XII, 6.

quando prenderai moglie. [1] In materia di convenzione, il termine incerto produce gli stessi effetti che il termine certo; altrimenti avviene nei legati.

Il termine si distingue ancora in termine *di diritto* e in termine *di grazia;* il primo può essere *convenzionale* o *legale*, secondo che è stabilito dall'atto medesimo costitutivo della obbligazione, o da un atto posteriore, o dalla legge; è di grazia il termine che è conceduto dal giudice (art. 1165 in fine e 1826): la proroga o la rinnovazione di un termine convenzionale conserva il carattere originario di questo; e non si muta punto in termine di grazia. [2] Il termine di diritto si suddistingue in *espresso* e *tacito*, secondo ch'è stato formalmente stabilito dalle parti o vi è sottinteso per ragione sia della qualità dell'obbligazione, come quella di fare un edifizio; sia del modo con cui deve essere eseguita; per esempio, quella di fare un trasporto con bestie da soma e non col mezzo delle ferrovie; sia infine del luogo convenuto per la sua esecuzione il quale porti seco la necessità di un termine; obbligandomi esempligrazia, di consegnarti a Roma i libri che ho presso di me in Ascoli-Piceno (art. 1173). [3] La durata del termine tacito deve stabilirsi dall'autorità giudiziaria (art. 1173).

Spetta egualmente all'autorità giudiziaria di stabilire per l'adempimento dell'obbligazione un termine conveniente, se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore, come se abbiamo convenuto che ti restituirò il danaro imprestatomi, quando vorrò, o quando potrò (art. cit. alinea). [4]

---

[1] Consulta Leg. 11, D. de legat. 3; Leg. 15, D. quando dies legat. cedat.; Leg. 28 princ. D. de cond. et demonstr.; Savigny, Trattato del diritto romano, III, 125; Aubry e Rau, III, 57.

[2] C. C. Firenze, 18 luglio 1867, A. I, 1, 298.

[3] Vedi Inst. § 5, de verb. obl. III, 15; Inst. § 26, de divis. stipul. III, 19, Leg. 73 princ. de verb. obl. XLI, 1; Leg. 2, § 6, D. de doli except. XLIV, 4.

[4] Adunque non vale più la decisione del diritto romano, secondo il quale l'adempimento dell'obbligazione s'intendeva differito sino alla morte del debitore. In diritto francese, mancando di disposizione corrispondente a quella contenuta nell'alinea del nostro articolo 1173; è seguita comunemente la decisione

39. Se il termine sia sospensivo, esso come or ora si diceva, ritarda l'esecuzione dell'obbligazione (art. 1172). Perciò sino a che non sia scaduto, cioè non sia trascorso per intero il giorno, in cui spira il termine, [1] il debitore non può esser convenuto al pagamento di ciò che deve a tempo determinato (art. 1174): ma se spontaneamente paga in anticipazione ciò che deve, non può ripeterlo, benchè ignorasse il termine; poichè in verità il pagamento era dovuto (art. 1174). [2]

Questa regola però va soggetta ad eccezioni in uno di questi tre casi, cioè: *a)* che esso debitore sia divenuto non solvente; *b)* che abbia diminuito per fatto proprio le cautele date al creditore; [3] *c)* che non gli abbia dato le cautele promesse; perciocchè allora il debitore non può reclamare il benefizio del termine (art. 1176). Dall'altra parte il creditore non può rifiutare il pagamento offertogli dal debitore prima della scadenza del termine, potendo ognuno rinunciare al proprio diritto (arg. *a contr.* art. 1174 e 1175).

---

del diritto romano; ove il termine sia indicato colla espressione *quando vorrò;* è invece seguita la decisione conforme alla disposizione del diritto patrio, se il termine è stabilito colla espressione, *quando potrò* (Consulta tra gli altri Larombière, II, art. 1186, n. 5; e art. 1174, n. 5; Demolombe, XXV, 419 e 577; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 86-87).

[1] Il giorno della scadenza deve essere accordato tutto intero al debitore, non divenendo certo se non a tale scadenza, che egli non adempirà nel termine la sua obbligazione (Consulta Inst. § 2, de verb. obl. III; Toullier, VI, 681; Duranton, XI, 111; Larombière, II, art. 1186, n. 17 e 32; Demolombe, XXV, 642; Aubry e Rau, IV, § 303, pag. 88).

[2] Consulta Inst. § 5, de verb. obl. III, 15; Inst. § 26, de div. stipul.; Leg. 10; Leg. 16, § 1; Leg. 17 e 18, D. de condict. indeb. XII, 2. — Nel diritto francese, per mancanza di testo, questa decisione è grandemente controversa.

[3] Le cautele, cui la legge riguarda, sono le speciali e non le generali, che di diritto appartengono a ciascun creditore (Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 89, nota 13; Mourlon, II, 1223, 3°); non giova al debitore offrire nuove cautele (Marcadé, art. 1188, I); ma al contrario se le cautele primamente date siano diminuite per caso fortuito o per forza maggiore, riprende impero la regola (Toullier, VI, 669; Aubry e Rau, loc. cit.), semprechè rimangano sufficienti per garantire le ragioni del creditore, dovendo altrimenti applicarsi le disposizioni degli articoli 1906 e 1980 (Aubry e Rau, loc. cit. e II, 869 testo e nota 24; Mourlon, II, 1224).

Scaduto il termine, la obbligazione deve esser eseguita, come se il termine non vi fosse stato apposto. La scadenza del termine però non produce effetto retroattivo; quindi i deterioramenti e la stessa perdita della cosa, debbono essere sopportati dal creditore; dall'altra parte però ha diritto agli accrescimenti, ma non ai frutti prodotti dalla medesima; [1] salva la volontà contraria dei contraenti.

Queste regole però in tanto sono applicabili, in quanto il termine sia stipulato a favore del solo debitore; siccome si presume (art. 1175). Se invece il termine si è stipulato nell'interesse comune del debitore e del creditore, come nelle lettere di cambio, nei biglietti all'ordine e nel mutuo ad interesse, [2] il debitore non può essere convenuto, ma il creditore può ricusare il pagamento prima della scadenza del termine (art. 1269 alinea 4°).[3] Se poi il termine sia stato stipulato nell'interesse del creditore, il debitore può essere convenuto per il pagamento e il creditore può ricusarlo prima della scadenza (art. 1860).[4] Spetta al creditore di far la prova che il termine contro la presunzione legale secondo cui si reputa stipulato in favore del debitore, è stato stabilito nell'interesse suo esclusivo, o nell'interesse suo e del debitore. Questa prova può risultare o dalla dichiarazione formale contenuta nel contratto, o dalla natura della stipulazione, come nel deposito (art. 1860), ovvero dalle circostanze in cui è stata formata (art. e arg. art. 1175).

Quanto al termine risolutivo, finchè non giunga, l'obbligazione deve eseguirsi come se fosse senza termine; al giungere di questo, l'obbligazione cessa di aver effetto; e può secondo le circostanze, farsi luogo a restituzioni a favore del debitore.

40. Il creditore può, prima della scadenza del termine sia dilatorio, sia finale esercitare tutti gli atti che tendono a con-

---

[1] Leg. 43, § 2 in fine, de leg. 2°, XXXI.

[2] Toullier, VI, 667 e 677; Delvincourt, II, 494; Aubry e Rau, loc. cit.; Mourlon, II, 1219.

[3] Marcadé, art. 1187; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Aubry e Rau, III, 59; Marcadé, art. 1187; Mourlon, II, 1218.

servare i suoi diritti (arg. *a fortiori* art. 1171 cong. art. 1172).[1] Ma non può senza dubbio provocare una sentenza di condanna contro il debitore, quand'anche dichiari ed offra garanzie che non la eseguirà, se non scaduto il termine.[2]

41. L'obbligazione poi senza termine sia di diritto, sia di grazia deve esser eseguita, tosto che contratta; per esempio, la consegna della cosa venduta in modo puro e semplice, dovrà esser fatta al compratore; tostochè il contratto sia perfezionato (art. 1173).

42. Resta a discorrere della modalità che consiste in una clausola penale. Le clausole penali possono distinguersi in proprie ed improprie. La clausola penale propria è una convenzione con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa, esempligrazia, al pagamento di una somma, alla dazione di una cosa, alla prestazione di un fatto,[3] nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione (art. 1209).[4] La clausola penale adunque tiene luogo, è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale (art. 1212 princ.).

Deriva da questo principio:

1° Che l'obbligazione che nasce dalla clausola penale è un'obbligazione secondaria e accessoria a quella il cui adempimento si è voluto assicurare, e che perciò chiamasi principale; la quale va ben distinta da un'obbligazione condizionale o da un'obbligazione facoltativa.[5] Quindi la nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale (art. 1120).[6] Questa regola però va soggetta ad eccezione nel caso, in cui l'obbligazione principale sia nulla per mancanza del vincolo

---

[1] Toullier, VI, 664; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1188.

[2] Colmet de Santerre, V, 109 bis; Demolombe, XXV, 617 e 618; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 90-91; *contro* Larombière; II, art. 1186, n° 24.

[3] Leg. 11. § 2, D. de receptis qui arb. IV, 8.

[4] Vedi Inst. § 7, de verb. obl. III, 16; § 19, de inut. stip. III, 20; Leg. 11, § 2, D. de recept.; Leg. 23, D. de obl. et act. XLIV, 7.

[5] Vedi Toullier, VI, 803-807; Duranton, XI, 322-326.

[6] Leg. 129, § 1, D. de reg. iuris, L, 17; Leg. 17 e 69, D. de verb. obl.

giuridico, e siavisi voluto supplire con la clausola penale, come nella stipulazione conclusa per altri, in spreto o fuori de'casi dell'articolo 1128. [1] È pure soggetta ad eccezione nel caso, in cui la nullità dell'obbligazione dia luogo ai danni, come nella vendita della cosa altrui. [2] Ma al contrario la nullità della clausola penale non produce quella dell'obbligazione principale (art. 1210); [3].

2° Che la pena non s'incorre che nei casi in cui il debitore si trovi in colpa o in mora; [4] quindi se l'obbligazione principale contiene un termine nel quale deve eseguirsi, la pena s'incorre, quando il termine viene a scadere; se l'obbligazione non contiene un termine, la pena non s'incorre dal debitore se non quando è costituito in mora (art. 1213); nella obbligazione di non fare s'incorre pel solo fatto della contravvenzione (arg. art. 1221). [5]

3° Che quando l'obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, la pena s'incorre per la contravvenzione di un solo dei condebitori o degli eredi del debitore unico; e può dimandarsi o per intero contro il contravventore, o contro ciascun coerede per la sua parte coll'azione personale, e per l'intero coll'azione ipotecaria; ma ad ogni debitore che non ha contravvenuto alla sua obbligazione, e nondimeno ha dovuto pagare, è salvo il regresso contro colui pel fatto del quale si è incorsa la pena (art. 1215). Quando poi l'obbligazione principale contratta con clausola penale è divisibile, non s'incorre la pena che da quello dei condebitori o degli eredi del debitore unico che contravviene a tale obbligazione, e per la parte solamente dell'obbligazione

---

[1] Inst. § 19, de inut. stip.; Delvincourt, II, 518; Toullier, VI, 814; Duranton, XI, 330; Marcadé, art. 1127; Mourlon, II, 1303; Aubry e Rau, IV, § 309, pag. 113 testo e nota 3.

[2] Mourlon, loc. cit.

[3] Leg. 97 e 122, § 3, D. de verb. obl.

[4] Leg. 23, D. de recept.; Leg. 23 cit. de obl. et act.

[5] Leg. 122, § ult. D. de verb. obl.

principale per cui era tenuto; non può quindi agirsi dal creditore contro coloro che l'hanno eseguita. Ma ciò non ha luogo allorchè, essendo stata apposta la clausola penale per impedire si potesse fare il pagamento in parte, un condebitore o un coerede ha impedito che l'obbligazione venisse per intero adempita. In questo caso può esigersi da esso la pena intera, o dagli altri eredi la sola porzione, salvo a questi il regresso (art. 1216);

4° Che la pena è dovuta al creditore, senza che sia tenuto a provare di aver sofferto alcuna perdita;

5° Che finalmente il giudice non può diminuire la pena, ammenochè l'obbligazione principale sia stata eseguita in parte (art. 1214); per esempio, se io mi sono obbligato di dipingere la tua casa, sotto pena di pagarti 100 lire, e te ne abbia dipinto la metà, il giudice può condannarmi a pagarti 70, 50, 30 lire. Tuttavia se la parziale esecuzione non è tornata di alcun vantaggio al creditore, devesi dal debitore l'intera pena, come nel caso del prosciugamento di uno stagno lasciato a mezzo e riempitosi per la interruzione dei lavori.

Avendo poi riguardo allo scopo che le parti stipulando la clausola penale si prefissero, e che come si diceva, consiste nell'assicurare l'adempimento dell'obbligazione principale; deve essere primieramente esclusa, sino ad evidente prova in contrario, l'intenzione di esse di aver voluto estendere o restringere l'obbligazione principale. In secondo luogo dev'essere permesso al creditore di domandare al debitore l'esecuzione dell'obbligazione principale invece della pena stipulata (art. 1211); per esempio, se ti sia obbligato di non costruire edifizi nel tuo giardino per non privare la mia casa della vista del mare, sotto pena di pagarmi 1000 lire, io posso domandare o la demolizione della costruzione o le 1000 lire. Ma egli non può domandare nel tempo stesso la cosa principale e la pena; ammenochè questa sia stata stipulata pel semplice ritardo (art. 1212); o ammenochè sia stato convenuto il contrario, non essendo la regola d'ordine pubblico. [1] Tanto quella stipulazione, quanto questa

[1] Leg. 16, D. de trans.

convenzione possono esser espresse e tacite: le tacite però non devono essere ammesse se non quando le presunzioni siano sì gravi da non lasciar dubbio sulla intenzione delle parti. [1]

43. La penale impropria consiste nella *caparra*. Si chiama caparra ciò che si dà anticipatamente nella conclusione del contratto, e che si considera, quando non risulta una diversa volontà dei contraenti, come una cautela per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della convenzione (art. 1217 princ.). [2]

La parte che non è in colpa, se non preferisce di ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta o domandare il doppio di quella che ha data (articolo 1217 alinea).

Per diversa volontà dei contraenti la caparra può esser data come fede della conclusione del contratto, e come principio di esecuzione della promessa. [3] Parimente per diversa volontà dei contraenti, la caparra può essere *penitenziale (arrha poenitentialis)*, cioè essersi convenuto che ciascuno di essi possa recedere dal contratto, perdendo la caparra data, o restituendo il doppio della ricevuta; questo carattere però non si presume, ma deve essere provato. [4]

CAPO II.

DELLE CAUSE DELLE OBBLIGAZIONI

SOMMARIO

44. Quali e quante siano le cause delle obbligazioni — Divisione della materia.

44. Le obbligazioni derivano dalla legge, o dal fatto dell'uomo; il fatto dell'uomo può essere lecito od illecito; il lecito, per quanto concerne le obbligazioni, è un contratto, o un

[1] Marcadé, art. 1229.
[2] Perugia, 1 febbraio 1871, A. V, 2, 416.
[3] Perugia cit.
[4] Doveri, II, § 373, pag. 73, nota 1.

quasi-contratto, l'illecito un delitto (presa questa voce in senso civile) o un quasi-delitto (art. 1097).

Delle obbligazioni derivanti dalla legge si è discorso e si discorrerà per quanto riguarda il diritto civile, a mano a mano che ci vennero o ci cadranno sotto esame; così vedemmo nel Capo IX del Libro I dei diritti e dei doveri dei coniugi fra loro, dei diritti e dei doveri dei coniugi riguardo alla prole, e del diritto ad avere e dell'obbligazione di prestare gli alimenti fra parenti; vedemmo pure delle obbligazioni che incombono al padre o alla madre investita della patria potestà, verso i figli; delle obbligazioni dei tutori; delle obbligazioni dei comproprietari; e finalmente delle obbligazioni degli eredi che accettano la eredità, verso i legatari e i creditori ereditari, e dei legatari accettanti il legato gravato di altro legato. Le servitù legali non appartengono a quest'ordine d'idee. Vedremo appresso qualche altra specie di obbligazione legale, e specialmente di quella imposta all'acquirente di una cosa locata, di stare alla locazione in corso. Perciò in questo Capo non tratteremo che delle altre tre cause.

SEZIONE I.

DEI CONTRATTI

SOMMARIO

45. Che cosa siano la convenzione e il contratto — In qual modo si formi il contratto.
46. Delle diverse specie di contratti — Sono bilaterali e unilaterali; a titolo oneroso e gratuito; aleatori e commutativi; principali e accessori; solenni e non solenni; nominati e innominati — Principio generale rispetto all'applicabilità delle disposizioni legislative che li regolano.
47. È permesso di stipulare un contratto per altri? — Principio — Eccezioni — Regole che governano queste eccezioni nei rapporti fra lo stipulante, il promittente e il terzo.
48. È permesso di promettere il fatto di un terzo? — Qual è l'effetto di questa promessa?
49. Nozioni generali intorno agli elementi essenziali alla esistenza dei contratti in genere ed in specie; agli elementi necessari per la loro validità; e infine agli elementi accidentali — Osservazione intorno all'aspetto sotto cui la legge considera i primi elementi.
50. Quali sono i requisiti necessari alla validità dei contratti in genere ed in specie, rispetto ai contratti solenni.
51. Primo requisito: la capacità di contrattare — Chi la possegga o no — Effetto della incapacità sulla efficacia del contratto: ne produce la nullità relativa.
52. Secondo requisito; consenso valido — Prenozioni sulla manifestazione del consenso: può farsi anche fra assenti: per regola non è soggetta ad alcuna formalità; e può farsi

risultare dai fatti — *Quid iuris* della clausola della redazione del contratto in iscritto? — Se e sino a quando possa ritirarsi l'offerta — Se e sino a quando possa farsi l'accettazione dell'offerta — Con qual animo l'una e l'altra debbono esser fatte, perchè ne risulti un contratto — In qual momento si formi il contratto fra assenti.

53. Che si richiegga per la validità del consenso: che sia esente dai vizi dell'errore, della violenza e del dolo — Nozioni generali intorno ad essi.

54. Dell'errore, che cosa sia — Giuridicamente differisce dalla ignoranza? — Dell'errore di diritto e dell'errore di fatto — Dell'errore essenziale e accidentale: quello e non questo esclude o vizia il consenso — Quando l'errore di diritto sia essenziale — Quando lo sia l'errore di fatto: si determina questo punto, distinguendo le varie cose sulle quali esso può cadere — Dell'errore che cada sulla natura del contratto — *Quid*, se siavi stata simulazione? — *Quid*, dell'errore sulle modalità del contratto?

55. Seguito — *Quid*, dell'errore che cada sulla cosa formante obbietto del contratto? — Può essere essenziale o accidentale; il primo può escludere e invalidare il consenso — Quando l'errore essenziale escluda o invalidi il consenso — Quando l'errore sulla cosa sia accidentale.

56. Seguito — Dell'errore che cada sulla persona dei contraenti.

57. Seguito — Dell'errore sui motivi di fatto.

58. Seguito — *Quid iuris*, se sull'errore di fatto abbia influito l'errore di diritto?

59. Seguito — Si richiede o no che entrambi i contraenti siano in errore?

60. Della violenza in relazione al consenso dei contraenti — La violenza fisica lo esclude: la violenza morale lo invalida — In che consista la violenza morale: nel timore di un male — Quali condizioni si richieggono, perchè il timore costituisca una violenza morale atta a invalidare il consenso — È o no necessario che la violenza sia usata da uno dei contraenti?

61. Del dolo in relazione al consenso dei contraenti — Esso non esclude mai il consenso, ma può invalidarlo — Lo invalida quando è determinante — *Quid*, del dolo incidentale? — È o no necessario che lo commetta uno dei contraenti? — *Quid*, del dolo usato da un rappresentante? — *Quid*, se trattisi di atto unilaterale — *Quid iuris*, se i contraenti siansi ingannati reciprocamente? — La nullità del contratto per causa di dolo nuoce ai terzi successori particolari del contraente che lo commise? — Del risarcimento di danni per causa di dolo.

62. Terzo requisito necessario per la esistenza e validità dei contratti: loro obbietto — Requisiti che deve avere una cosa per formare obbietto dei contratti — Quali cose non possano esserlo: cose fisicamente e giuridicamente impossibili; e specialmente le eredità non ancora aperte - Quali cose possano formare obbietto dei contratti — *Quid* delle cose future possibili e fisicamente e giuridicamente?

63. Seguito — La cosa che si deduce in contratto, deve essere determinata almeno nella specie o nel genere — *Quid*, se la cosa sia indeterminata? — La quantità di essa può essere incerta?

64. Seguito — Degli effetti della mancanza o della indeterminazione della cosa, rispetto ai contratti.

65. Quarto requisito necessario alla validità ed anche alla esistenza del contratto: causa — Che s'intenda per causa: in che differisca dal motivo di fatto — Quale sia la causa dei contratti a titolo oneroso, o a titolo gratuito — Un'obbligazione naturale può esser causa di un'obbligazione civile? — *Quid* di un dovere morale?

66. Seguito — La causa può mancare e può esser falsa o illecita.

67. Seguito — Effetti della mancanza, falsità e illecitudine della causa — *Quid*, se la causa era simulata? — È necessario che la causa sia espressa nei contratti unilaterali.

68. Della forma con cui i contratti possono o debbono stipularsi; e specialmente di quelli da stipularsi sotto pena di nullità, per atto pubblico o con scrittura privata — Effetto della inosservanza di questa formalità.

69. Della interpretazione dei contratti.

70. Degli effetti dei contratti — Hanno forza di legge fra le parti, ma non sono leggi; conseguenze — A che obbligano.

45. Una convenzione è l'accordo di due o più persone sopra un obbietto d'interesse giuridico.[1] Può avere per obbietto di formare, regolare, modificare ed estinguere una obbligazione; ed anche di trasferire la proprietà di beni; di costituire o modificare altri diritti reali; infine può avere per obbietto la rinunzia di tali diritti (art. 1097, 710, 1314 1° 2° e 3°).

Se la convenzione ha per obbietto di formare una obbligazione, o di trasferire la proprietà o di costituire altri diritti *reali*, chiamasi *contratto;* il quale perciò rispetto al primo obbietto deve definirsi per una convenzione, con cui una delle parti promette di dare, fare o non fare qualche cosa a favore dell'altra che accetta la sua promessa; e rispetto al secondo obbietto deve definirsi per una convenzione con cui una delle parti trasferisce all'altra la proprietà di una cosa sua o un diritto frazionario di questa.

La maggior parte dei contratti sono semplicemente causa di obbligazioni, ma alcuni di essi e nominatamente oltre alla donazione, di cui è stato già trattato, la vendita, la permuta, l'enfiteusi, la costituzione di rendita, il contratto vitalizio, la transazione, il contratto di matrimonio e il mutuo hanno per oggetto anche la traslazione della proprietà e alcuni di essi la costituzione d'ogni altro diritto reale. Il contratto d'ipoteca però è solamente costitutivo di diritto reale e non causa di

---

[1] Pactio est duorum, pluriumve in idem placitum consensus (Leg. 1, § 2, D. de pactis, II, 14; Leg. 3 princ. D. de pollicit. L, 12). — Il patrio legislatore nell'articolo 1098 ha definito la convenzione piuttosto che il contratto; od ha preso questa voce nel senso di convenzione.

obbligazioni. Quanto al contratto di pegno, esso non conferisce diritto reale: la cosa stessa dicasi dell'anticresi.

Il contratto si forma per il solo consenso delle parti, e indipendentemente sia dalla tradizione della cosa, sia almeno in generale da estrinseche formalità (arg. art. 1104 e arg. *a contr.* art. 1314).[1]

46. I contratti si distinguono sotto parecchi rapporti. Perciocchè in primo luogo sono *bilaterali* e *unilaterali*, secondo che le parti contraenti si obbligano reciprocamente le une verso le altre, o l'una delle parti si obblighi verso l'altra, senza che questa incontri veruna obbligazione (art. 1099 e 1100); la vendita, la locazione, l'enfiteusi, la transazione ed altri sono bilaterali; il deposito, il comodato, il mutuo sono unilaterali.[2]

---

[1] Diversa è, nella massima parte, la teoria del diritto romano, giusta la quale è regola che *solus consensus non obligat* e solo per eccezione obbliga nei quattro contratti di vendita, locazione, società e mandato, onde sono detti *consensuali;* negli altri, cioè nei reali, verbali e letterali il solo consenso non obbliga, ma occorre la consegna della cosa, la solennità delle parole, o la scrittura. Nel nostro diritto al contrario è regola che *solus consensus obligat;* ed obbliga anche nei contratti di comodato, mutuo, deposito e pegno in questo senso che la promessa di consegnare una cosa a titolo di comodato, di mutuo e di pegno, o di riceverla a titolo di deposito, accettata che sia, produce l'obbligazione di darla o riceverla. La consegna della cosa (donde alcuni continuano a chiamare *reali* tali contratti) è essenziale per la consumazione del contratto.

[2] Secondo alcuni i contratti bilaterali si distinguono in perfettamente o imperfettamente tali; secondo che la obbligazione reciproca derivi o no direttamente dalla convenzione, indipendentemente da ulteriore avvenimento; la compra e vendita fra gli altri apparrterebbe ai primi, il deposito ai secondi; perchè il venditore ha obbligazioni verso il compratore e questi verso quello per solo effetto del contratto, mentre il deponente non è obbligato verso il depositario che eventualmente, cioè nel caso che questi abbia fatto spese per conservare la cosa depositata e abbia sofferto perdite per occasione del deposito (art. 1862). Ma non sembra che questa distinzione possa trovare posto acconcio nel nostro diritto: al certo nell'articolo 1165 per contratti bilaterali sono intesi i perfettamente tali; dimodochè sembra più conforme al nostro diritto di considerare i contratti nel momento della loro formazione e non tener conto degli avvenimenti posteriori che danno occasione all'obbligazione dell'altra parte, cui immediatamente e direttamente non vincolò il contratto (Consulta nondimeno Demolombe, XXIV, 22 e 23; Aubry e Rau, IV, § 341, pag. 285 e seg.).

Si distinguono in secondo luogo in contratti a *titolo oneroso* e a *titolo gratuito* o *di beneficenza*; è contratto a titolo oneroso quello nel quale ciascuno dei contraenti intende mediante equivalente, procurarsi un vantaggio; è a titolo gratuito quello in cui uno dei contraenti intende di procurare un vantaggio all'altro senza equivalente (art. 1101). I contratti bilaterali sono tutti a titolo oneroso; gli altri sono e possono essere a titolo oneroso e a titolo gratuito; sono a titolo gratuito la donazione, il comodato, la fideiussione; possono essere a titolo oneroso e gratuito il mutuo, il deposito, il mandato, secondo che vi sia o no l'interesse, la rimunerazione, il compenso. L'interesse di questa distinzione si riferisce alla teoria della risponsabilità della colpa, la quale è più grave nei contratti onerosi (art. 1746). I contratti bilaterali si suddistinguono in *aleatori* o di sorte e in *commutativi*; in quelli il vantaggio per ambidue i contraenti o per l'uno di essi dipende in tutto o in parte da un avvenimento incerto; in questi il vantaggio è certo sino dal principio per virtù del solo contratto: [1] sono aleatori o di sorte il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa, e il contratto vitalizio; gli altri sono in generale commutativi (art. 1102).

In terzo luogo i contratti sono o *principali* od *accessori*; i primi hanno un'esistenza propria, come la vendita, la locazione, la società; i secondi suppongono l'esistenza di un altro contratto e più generalmente di un fatto obbligatorio al quale si riferiscono, come il pegno, la fideiussione e il contratto d'ipoteca.

In quarto luogo si distinguono in *solenni* e non *solenni*, secondo che per la loro formazione si richiede o no l'osservanza di formalità; la donazione e il matrimonio sono sempre

---

[1] Questa distinzione non offre nel nostro diritto alcun interesse, mentre grande l'ha nel diritto giustinianeo e nel canonico, pe'quali sono in generale rescindibili per lesione i contratti commutativi; ma tacendo qui della vendita, nel nostro diritto la vendita degl'immobili soltanto si rescinde per lesione sofferta dal venditore (art. 1529).

contratti solenni (art. 1056 e 1382): il contratto di vendita, di locazione e di società è in certi casi del pari solenne (art. 1314).

Infine i contratti si distinguono in *nominati* e in *innominati*, secondo che abbiano o non abbiano una particolare denominazione (art. 1103).[1] Per regola generale ogni convenzione che nulla racchiude in sè d'immorale e di contrario alla legge, è valida, quantunque la legge stessa non la contempli nelle sue disposizioni; in questo caso il silenzio non vale proibizione.[2]

Tutti i contratti, siano nominati o innominati, sono sottoposti alle regole generali le quali formano l'oggetto del Titolo quarto Libro III del Codice civile. I primi inoltre sono sottoposti alle regole che particolarmente li riguardano (art. cit. alinea). Anche queste regole però possono essere applicate per via di analogia ai contratti innominati.[3]

47. Regolarmente niuno può in suo proprio nome stipulare che per se stesso e non per altri, essendo un atto essenzialmente personale quello di obbligare alcuno verso di sè (art. 1128).[4] La stipulazione che nonostante tale divieto fosse fatta, sarebbe in generale inutile; non potendo produrre azione nè per lo stipulante, che non ha interesse di esigerne l'esecuzione; nè per il terzo verso cui il promittente non si obbligò.

Questo principio però va soggetto a parecchie eccezioni; perciocchè primieramente ognuno nella qualità di rappresentante legale, di mandatario od anche di gestore di affari, può stipulare efficacemente sia pel rappresentato, sia per la persona di cui tratti gli affari (arg. *a contr.* art. 1128 princ.).[5]

[1] Nel diritto patrio non trova punto luogo la distinzione dei contratti *bonae fidei* e *stricti iuris*, che invece nel diritto romano era importantissima.

[2] Merlin, Rép. v° Emphytéose, § 3, n. 2; Proudhon, De l'usufruit, I, 97; Troplong, Du louage, n. 50; C. C. Torino, 6 dicembre 1867, A. II, 1, 283.

[3] Consulta Duranton, X, 92.

[4] La regola romana *Alteri stipulari nemo potest* (Inst. § 4 e 9, de inut. stipul. III, 19) ha una portata ben diversa dalla regola stabilita dall'articolo 1128 del nostro Codice (Consulta Molitor, I, 52 e seg., e specialmente n. 54).

[5] Il testo dell'articolo 1128 non permette che alcuno *in suo proprio nome* stipuli per *altri*, ma implicitamente consente bene che stipuli per *altri* in nome *altrui*.

In secondo luogo è permesso a ciascuno di stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso, o di una donazione che fa ad altri; quindi per esempio, vendendoti un mio fondo, posso stipulare una servitù di passaggio o di acquedotto sopra questo fondo a favore del podere del mio vicino; o locandoti altro mio fondo, posso stipulare che tu mensilmente dia ad un mio vecchio domestico del vino, dell' olio, del grano e del pollame; o finalmente donandoti i miei beni, posso stipulare che tu presterai una pensione vitalizia al mio vecchio maestro. [1] Nei due primi casi e in ogni altro in cui la stipulazione per altri forma condizione o peso di un contratto oneroso, basta osservare la forma di questo anche rispetto ad essa, sebbene sia un atto di liberalità; sarà quindi valida la stipulazione della servitù fatta colla vendita per iscrittura privata, benchè debba profittare gratuitamente al podere del mio vicino; e sarà pur valida la stipulazione dei sopradetti generi, fatta come la locazione, verbalmente, sebbene la prestazione di essi venga fatta senza corrispettivo di sorta. Ma quanto alla capacità degl'interessati, la stipulazione è retta dalle sue proprie leggi: quindi sia essa fatta a titolo gratuito da un coniuge a profitto dell'altro; sia da un genitore a vantaggio di un suo figlio naturale o adulterino, potrebbe essere dichiarata nei congrui casi o nulla o riducibile.

In terzo luogo ha effetto, la stipulazione per altrui; quando lo stipulante abbia un interesse valutabile in denaro all'adempimento della obbligazione assunta dal promittente: perciocchè in tal caso lo stipulante può dimandare al promittente il risarcimento dei danni che l'inesecuzione dell'anzidetta obbligazione gli cagioni. [2]

---

[1] Consulta C. C. Torino, 18 luglio 1866, B. XVIII, 1, 560; Brescia, 9 giugno 1869, B. XXI, 2, 397.

[2] Si quis stipuletur alii, quum eius interest, placuit stipulationem valere (Inst. § 20, de inut. stipul. III, 19). — È dottrina comune che l'articolo 1128 alinea non è limitativo, ma dimostrativo (Consulta Larombière, I, art. 1129, n. 8; Demolombe, XXIV, 232 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 343 ter, pag. 309 testo e nota 17). Per chiarire questa terza eccezione, suppongo per esempio, che un

In quarto ed ultimo luogo, ogni stipulazione per altri che non offre interesse pecuniario per lo stipulante può esser resa efficace mediante una clausola penale; inquantochè ne risulta a favore dello stipulante un'azione per esigere il pagamento di ciò che forma obbietto della medesima. [1]

Ma reputo che di fronte alla disposizione legislativa dell'articolo 1128 non possa aversi per efficace ogni altra stipulazione fatta da alcuno in suo nome per altri, considerandola sempre come una gestione d'affari; per quanto così fatta decisione soddisfarebbe ai desiderati della scienza e ai bisogni della pratica.

La stipulazione per altri benchè efficace, non costituisce *ipso facto* un diritto quesito pel terzo: è necessario che egli dichiari di volerne profittare o di accettarla (art. 1128 alinea in fine). Può fare tale dichiarazione in qualunque forma: e non solo in modo espresso, ma anche in modo tacito; [2] quand'anche la stipulazione che accetta, contenga una liberalità a suo favore. [3] Tale dichiarazione può esser fatta anche dopo la morte dello stipulante. [4] L'accettazione del terzo rende immantinente a favor suo irrevocabile la stipulazione; nè perciò è necessario che l'accettazione medesima sia in qualunque modo, portata a conoscenza dello stipulante. Il terzo che ha accettato la stipulazione gode di propria, diretta azione per costringere il promittente all'adempimento

---

mio vicino possa costringermi a concedergli sul mio fondo la servitù di acquedotto in base all'articolo 598; ma desiderando io piantarvi una vigna e stabilirvi un semenzaio e chiuderlo con muro, pattuisco teco, che in mia vece concederai tu sul tuo fondo al mio vicino la detta servitù: io fidente nella tua promessa, faccio nel mio fondo quelle piantagioni e lo cingo di muro: tu in onta alla promessa, rifiuti al mio vicino la concessione della servitù; e trovomi perciò costretto a concedergliela sul mio fondo; ma l'inosservanza della tua promessa arreca a me non lievi danni, la riparazione totale de'quali non posso esigere dal mio vicino; tu quindi me ne devi la differenza.

[1] Consulta Inst. § 19, de inut. stipul. III, 20.

[2] Consulta Torino, 11 ottobre 1867, B, XIX, 2, 616.

[3] Consulta Duranton, X, 240; Larombière, articolo 1121, n. 8; Demolombe, XXIV, 254; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 312.

[4] Brescia cit.

della sua obbligazione; e può anche valersi a tale intento di tutte le garantie, stipulate per assicurare l'esecuzione dell'intiero atto. Ma non è in facoltà sua di provocare per tal causa la rivocazione o la risoluzione di questo: il diritto di chiederle continua a risieder sempre ed esclusivamente presso lo stipulante: [1] perciò ove questi non intenda valersene, non resta al terzo che di esigere dal promittente il risarcimento dei danni. Nel caso poi che lo stipulante le faccia pronunziare, il terzo che già aveva accettato la stipulazione, non perde il benefizio di questa; perciocchè nè la rivocazione nè la risoluzione possono pregiudicare ai diritti che egli avente causa dall' attore ha acquistato. Egli quindi può chiederne l'esecuzione allo stesso stipulante, ed anche al promittente, ove questi non lo avesse chiamato in causa per farsi liberare dalla sua obbligazione; il promittente medesimo però avrebbe l'azione di regresso contro lo stipulante.

Se il terzo muoia prima di accettare la stipulazione; possono in sua vece accettarla i suoi eredi; [2] eccettochè non fosse fatta nell'interesse personale ed esclusivo di lui.

Finchè il terzo non dichiari di voler profittare della stipulazione, accettandola, lo stipulante può rivocarla; giacchè come si diceva, quegli sino a tal punto, non ha diritto alcuno alla obbligazione a suo favore dal promittente (art. 1128 alinea in fine). Per l'efficacia di tale revoca non è necessario il consenso del promittente; eccetto che questi non abbia un interesse serio e legittimo al mantenimento della stipulazione. [3]

---

[1] Consulta Demolombe, XXIV, 257; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 313 testo e nota 31; *contro* Larombière il quale ritiene che colla risoluzione e rivocazione del contratto, cessi di aver effetto la stipulazione nel terzo; e che ove dal promittente sia stata soddisfatta, possa lo stipulante ripetere il terzo medesimo ciò che ha ricevuto per virtù di detta stipulazione, come non dovuto.

[2] Non osta che un'offerta non possa essere accettata dagli eredi di colui al quale sia stata fatta; perchè la stipulazione per altri non può assimilarsi ad una offerta (Duranton, II, 264; Troplong, Des donations, 1006 e 1107; Larombière, I, art. 1121, n. 8; Domolombe, Des donations, III, 94; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 311 testo e nota 27; *contro* Colmet de Santerre, V, 33 bis, VIII).

[3] Consulta Larombière, I, art. 1121, n. 6 e 13; Demolombe, XXIV, 250 e 251; Aubry e Rau, IV, § 343 ter, pag. 310 testo e nota 25.

Revocata la stipulazione, lo stipulante ha il diritto di esigere dal promittente ciò che questi avrebbe dovuto prestare al terzo; ben inteso che tale ne sia l'oggetto che a lui possa prestarsi; in caso contrario la revoca della stipulazione profitterà al promittente; come nel caso soprariferito della stipulazione di una servitù. [1]

Se lo stipulante muoia prima di rivocare la stipulazione possono in suo luogo rivocarla i suoi eredi.

48. Al contrario ognuno può efficacemente promettere il fatto di un terzo (art. 1129). Sotto la voce *fatto* si comprende tanto la esecuzione quanto la omissione di un fatto; e vi si comprende eziandio la dazione; insomma vi si comprendono tutte le cose (presa questa parola nel suo senso più lato) che possono formare materia di convenzione. [2] Quindi posso prometterti che Caio imprenderà la costruzione dell'edifizio che vuoi fabbricare, o non innalzerà la sua casa che ti priverebbe d'aria e di luce, o che ti venderà la sua casa. [3] In questi e in ogni altro simile caso, il promittente si obbliga sotto pena di danni, di fare tutte le diligenze, perchè il terzo presti allo stipulante il fatto promesso o (che vale lo stesso) ratifichi la convenzione. [4]

Se il terzo accetta di adempiere l'obbligazione, o ratifica la convenzione, il promittente è tantosto liberato, avendo eseguito la sua obbligazione; ammenochè non abbia garantito eziandio la esecuzione della obbligazione; nel qual caso rimane risponsabile per questa. [5] Ma è necessario che l'accettazione o la ratifica sia valida; altrimenti ove venga annullata, si avrà per mancata. [6] Del resto la ratifica può esser fatta in qualunque

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Convention, § 4; Duranton, X, 246; Larombière, I, art. 121, n. 6; Demolombe, XXIV, 251; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 310-311.

[2] Vedi Inst. § 3, de inut. stipul. III, 20; Leg. 38, princ. D. de verb. obl. XLV, 1; Marcadé, art, 1120, I princ.; Demolombe, XXIV, 218.

[3] C. C. Torino, 5 maggio 1870, B. XXII, 1, 491.

[4] Torino, 11 ottobre 1867, cit.

[5] Duranton, X, 257; Larombière, I, art. 1120; Demolombe, XXIV, 221 e 222; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 307.

[6] Larombière, I art. 1220, n. 8.

forma; eccettochè il contratto da ratificare non sia solenne; nè si richiede che sia accettato dal promittente.

La ratifica ha effetto retroattivo al giorno della stipulazione del contratto, riguardo ai contraenti; ma rispetto ai terzi non produce effetto che dal giorno in cui essa ha luogo. Inoltre non può essere opposta ai terzi medesimi, se non risulti da scritto portante data certa (art. 1327), e non sia nei relativi casi trascritta (art. 2932, 1933 e 1942). [1]

Se il terzo, il fatto del quale fu promesso, si ricusa di prestarlo, il promittente è obbligato verso lo stipulante a tenerlo indenne d'ogni danno; dovendo imputare a se stesso di avere assunto un impegno che alla esecuzione è riuscito superiore alle sue forze (art. 1129). [2] Ove però il fatto del terzo sia di tal natura da poter essere prestato anche dal promittente, questi può preferire di eseguire l'obbligazione, anzichè prestare i danni; [3] ma reputo che a ciò non possa venir costretto (arg. art. 1129). [4]

49. Nei contratti debbono distinguersi parecchie specie di requisiti o elementi. Poichè innanzi tutto vi hanno dei requisiti o elementi essenziali alla loro formazione o esistenza, quali sono i soggetti, cioè le parti contraenti, l'oggetto, il consenso e la causa sufficiente lecita per obbligarsi per ogni specie di contratti; e inoltre la formalità dell'atto pubblico o della scrittura

---

[1] Consulta Larombière, I, art. 1120, n. 7; Demolombe, XXIV, 230; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 308.

[2] Consulta Leg. 28, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 137, § 4 in fin. D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 18, § 2, D. de donat. XXXIV, 5; Leg. 9, § 4, Leg. 22, § 2, D. de pign. act. XIII, 7; Leg. 15, D. commodati, III, 6; Leg. 25, § 10, D. fam. erc. X, 2.

[3] Non osta l'articolo 1120 (Larombière, I, articolo 1120, n. 6; Demolombe, XXIV, 225; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 308).

[4] Il signor Demolombe (XXIV, 224), è d'avviso che possa il promittente esser costretto ad eseguir lui l'obbligazione. Ma questa decisione che parmi contestabilissima anco nel merito; perciocchè quegli si obbligò, promise il fatto del terzo e non il proprio; non può conciliarsi col testo formale della nostra legge, la quale dichiara che tale promessa dà *soltanto* diritto ad indennità ecc.

privata per alcuni contratti o convenzioni (art. 1056, 1382 e 1314); perciocchè qualunque di questi elementi manchi, il contratto non ha esistenza. V'hanno in secondo luogo dei requisiti necessari alla validità dei medesimi, i quali sono la capacità dei contraenti di contrattare e la validità del consenso: se i contraenti non abbiano tale capacità, o il loro consenso non sia valido, il contratto esiste, ma può essere annullato. Gli elementi essenziali alla esistenza dei contratti sono tutti e necessariamente essenziali anco alla loro validità, ma non viceversa.

Dagli elementi essenziali alla esistenza e validità dei contratti in generale or ora nominati, importa distinguere gli elementi essenziali alle singole specie dei medesimi, senza de' quali il contratto speciale non esiste o muta natura; tal è per esempio, il prezzo nella vendita; se non v'è prezzo, non v'ha vendita, ma donazione o neppure questa, nè altro contratto.[1]

Gli elementi essenziali de' contratti speciali poi debbono distinguersi dagli *elementi naturali* dei medesimi. Si dicono elementi naturali dei contratti quelle conseguenze giuridiche che il contratto produce da se medesimo per la sua speciale natura; e che perciò non è punto necessario che dalle parti vi siano contemplate; tal è, per esempio, nella vendita l'obbligazione del venditore di prestar garantía al compratore in caso di evizione e pei vizi e difetti occulti della cosa venduta. È accordata facoltà alle parti contraenti di modificare queste conseguenze, aggravandole o attenuandole, ed anche di escluderle affatto (art. e arg. art. 1483).[2]

Finalmente in ogni contratto possono trovarsi elementi accidentali o accessori e sono quelli che vi sono aggiunti con una clausola speciale, mentre non gli sono inerenti nè per essenza, nè per natura, come in generale, sono le *modalità*, ossia il tempo, la condizione, il modo, la clausola penale, e in ispecie la promessa della solvenza del debitore, giusta l'articolo 1543, e il patto di riscatto nella vendita (art. 1515 e seg.).

---

[1] Instit. § 1 e 2, de empt. et vend.
[2] Instit. § 3, eod.

La legge considera anche gli elementi essenziali alla formazione o esistenza dei contratti, sotto l'aspetto della loro necessità per la validità dei medesimi; ma mantiene la loro fondamentale differenza, nel determinare gli effetti della loro mancanza, falsità o insufficienza; poichè allora dichiara nullo in modo assoluto ed irreparabile; ossia considera come non formato o non esistente il contratto (Vedi gli artic. 1056, 1119, 1314 e 1382).

50. Ciò premesso, sono requisiti necessari alla validità di ogni contratto,

1° La capacità di contrattare;

2° Il consenso valido dei contraenti;

3° Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione;

4° Una causa lecita per obbligarsi (art. 1104).

Per la validità di alcune specie di contratti, è necessaria anche la formalità dell' atto pubblico o della scrittura privata (art. 1056, 1382 e 1314).

51. Qualunque persona può contrattare, se non è dichiarata incapace dalla legge (art. 1105); la capacità dunque è regola, l'incapacità eccezione, la quale perciò non può colpire che le persone designate dalla legge.

Sono incapaci di contrattare nei casi espressi dalla legge

1° I minori non emancipati ed emancipati; [1]

2° Gl' interdetti legali (art. 3 disp. trans. e arg. art. 1107 alinea), e giudiziari; [2]

3° Gl' inabilitati; [3]

4° Le donne maritate; [4]

5° E generalmente tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti, quali sono, fra le altre, le persone nominate negli articoli 1457 e 1458 (art. 1106).

---

[1] Vedi II, 329, 361 e seg. 387 e seg.

[2] Vedi II, 404 e seg.

[3] Vedi II, 415 e seg.

[4] Vedi II, 202 e seg.

La persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato o della donna maritata, con cui essa ha contrattato. Ma l'incapacità derivante da interdizione per causa di pena si può opporre da chiunque vi ha interesse (art. 1107). In altri termini la nullità dei contratti consentiti dagl' incapaci non è assoluta ma relativa; ossia è sancita a favore di coloro soltanto, nell'interesse de' quali l'incapacità fu stabilita; di conseguenza questi o i loro rappresentanti, e non la persona capace di obbligarsi, possono dimandare la nullità del contratto. Ma annullato questo, deve restituirsi dai medesimi ciò che per esso ricevettero o che venne rivolto in loro vantaggio (art. 1307).

52. Il consenso delle parti contraenti, essenziale alla formazione ed esistenza del contratto, è il concorso delle loro volontà in quest' oggetto.

Il consenso si manifesta da una parte con l' offerta o la promessa di formare un contratto; [1] dall' altra coll' accettazione di questa offerta o promessa.

La manifestazione del consenso può aver luogo tanto fra presenti, quanto fra lontani, per lettera, per telegrafo e per messaggero o intermediario *(per litteras, aut per nuncium)*.

La manifestazione del consenso non è per regola, soggetta ad alcuna formalità, anzi può farsi non solo in modo espresso, con iscrittura, con parole e con segni; [2] ma anche in modo tacito, facendola cioè risultare da fatti o da atti. [3] Non può però, almeno in tesi generale, dedursi il consenso dal silenzio; perchè *qui tacet non utique fatetur*: [4] tuttavia, se quegli che tace

---

[1] Questa offerta o promessa di formare un contratto, non ancora accettata, chiamasi in diritto romano *pollicitatio, solius offerentis promissum* (Leg. 3, D. de pollicit. L, 12).

[2] Leg. 4 e 5, D. de fide istr. XXII, 4; Leg. 38 e 32, § 9 e 10, D. de ob. et act. XLIV, 7; Leg. 17, D. de novat. XLVI, 2.

[3] Leg. 142, D. de reg. iuris, L, 17.

[4] Eadem vis est taciti atque expressi consensus.

doveva e poteva nelle circostanze del fatto contradire e non lo fece, può ritenersi per consenziente. [1]

Questa regola però è soggetta ad eccezione riguardo ai contratti solenni, come or ora si notava, ed anche riguardo a quelli, la cui formazione è subordinata per speciale clausola delle parti alla osservanza di qualche formalità, per esempio alla redazione dell'istrumento pubblico. Ma se la formalità dell'istrumento pubblico o di altro atto, sia stata convenuta soltanto per assicurare la prova del contratto; questo allora sussisterà sin dal principio per virtù del consenso prestato dalle parti; ove quindi una di esse si rifiutasse alla osservanza di quella formalità, può esser chiamata in giudizio perchè sia condannata ad eseguire tal fatto; in caso di suo ostinato rifiuto, la sentenza terrà luogo di quella formalità. Se la formalità sia stata convenuta, come elemento della esistenza del contratto, o soltanto, come mezzo di prova, è questione d'interpretazione; nel dubbio deve ritenersi che sia intesa ad assicurare un mezzo di prova, e che perciò il contratto sussista indipendentemente da essa, e possa provarsi coi mezzi ordinari. [2] Inoltre v'hanno delle convenzioni, per la cui formazione è richiesta la dichiarazione espressa della volontà delle parti contraenti; tali sono quelle che stabiliscono obbligazioni attivamente e passivamente solidarie (art. 1184 e 1188), la surrogazione convenzionale (art. 1252 1°); l'interesse nel mutuo (art. 1831 alinea) e la fideiussione (art. 1902).

L'offerta può essere ritirata, finchè non è stata accettata; eccettochè l'offerente siasi impegnato di non ritirarla entro un dato termine; ma anche in questo caso eccezionale, può riti-

---

[1] Leg. 11, § 4, D. de interrog. in iur. XI, 1; Leg. 16, D. de SC. Macedon. XIV, 6; Leg. 63, D. de re iudicata, XLII, 1; consulta Savigny, Sist. del Dir. rom. III, § 132; Demolombe, XXIV, 57-59; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 293 testo e nota 20.

[2] Merlin, Rép. v° Vente, § 1, art. 3, n. 7; Toullier, VIII, 1, 40; Duranton, X, 87 e XVI, 36; Troplong, De la vente, I, 19; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. testo e nota 21; vedi tuttavia Demolombe, XXIV, 36.

rare l'offerta in ogni momento, prima che giunga al destinatario. [1]

L'accettazione dell'offerta può farsi subito e anche dopo trascorso un qualche intervallo di tempo; ma non dopo che sia spirato il termine fissato dall'offerente per l'accettazione; e neppur dopo che sia trascorso sì lungo tempo da potersi ragionevolmente ritenere dall'offerente che l'altra parte non ebbe mai o abbandonò il proposito di accettare l'offerta fattale. [2] In ogni caso l'accettazione non può avere utilmente luogo dopo che l'offerente sia morto o divenuto incapace a contrattare; perocchè non può stabilirsi più l'accordo fra le due volontà, mentre una o più non esiste o non è più capace di accordarsi coll'altra. [3] Parimente se sia morto quegli al quale l'offerta fu fatta, non possono in sua vece accettarla i suoi eredi; perchè questi succedono sì nei diritti e nelle obbligazioni del defunto, ma non nella sua volontà; nè la offerta conferisce una facoltà di accettare trasmissibile agli eredi di colui al quale è stata fatta. Del pari se questi sia divenuto incapace, non possono in sua vece accettare l'offerta i suoi legali rappresentanti. [4]

Tanto la promessa, quanto l'accettazione di essa deve esser fatta col serio intendimento di assumere un'obbligazione *(animo contrahendae obligationis)* e non per semplice compiacenza; quindi, esempligrazia, la promessa fatta dal padre al figlio di dargli i mezzi per un viaggio e da questo accettata non costituisce contratto e perciò non ingenera obbligazione. È inoltre necessario che l'accettazione corrisponda esattamente e sotto tutti i riguardi alla promessa; dimodochè esempligrazia, non si formerebbe il contratto, se il promittente intese

---

[1] Toullier, VI, 30; Duvergier, De la vente, I, 56 e 57; Demolombe, XXIV, 64-65; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 292.

[2] Consulta C. C. Firenze, 21 dicembre 1868, A. II, 1, 337.

[3] Duranton, XVI, 45; Troplong, De la vente, n. 27; Marcadé, art. 1108, II; Demolombe, XXIV, 63-67; Aubry e Rau, III, loc. cit. e nota 2.

[4] Toullier, VI, 31; Duvergier, De la vente, I, 69; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, XXIV, 69; *contro* Duranton, XVI, 45.

obbligarsi sotto condizione o a termine, mentre l'accettante o stipulante intese contrarre un'obbligazione pura e semplice. [1]

In pura teoria l'accettazione rende perfetto il contratto dal momento che è fatta e non da quello che giunge a notizia dell'offerente; invero allora e non ora l'accettante vuole ciò che vuole l'offerente e viceversa. Ciò è vero non solamente quando l'accettazione ha avuto luogo in modo tacito; per esempio colla esecuzione che il mandatario faccia del mandato conferitogli per lettera (art. e arg. art. 1738); ma anche quando essa è espressa, almeno allora che è stata annunziata all'offerente con un mezzo di comunicazione o trasmissione, che non è in potere dell'accettante di arrestare nel suo cammino; per esempio a mezzo di una lettera impostata, o di un telegramma spedito. [2] Tuttavia in pratica tende sempre più a prevalere la dottrina, secondo la quale la convenzione non si forma che nel momento in cui il proponente abbia ricevuto la risposta orale o scritta dell'accettazione della sua proposta da parte di colui al quale questa fu fatta. [3]

Se alcuno abbia accettato un'offerta, ignorando che era stata ritirata o che l'offerente era morto o era divenuto incapace, e per ragione della sua accettazione abbia fatto spese o sofferto danni, ha diritto all'indennità in forza della massima che *nemo ex alterius facto praegravari debet.*

53. Perchè il consenso dar possa esistenza valida ad un contratto, si richiede che sia esente dai vizi dell'errore, della

---

[1] Vedi Gaio, III, 102; Instit. § 5, de inutil. stip. III, 20; Leg. I, § 3 e 4; Leg. 83, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 15, de accept. XLVI, 4.

[2] Consulta Pothier, De la vente, n. 32; Duranton, XVI, 45; Duvergier, De la vente, I, 58; Marcadé art. 1108, II; Demolombe, XXIV, 72-75; Aubry e Rau, IV, § 343, pag. 294-295; Serafini, Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale, § 17 e seg.; Picozzi, Archivio giuridico, VI, 1-59; Genova, 27 febbraio 1871, L. XI, 794.

[3] Merlin, Rép. v° Vente, § 1, art. 3, n. 11; Toullier, VI, 29; Troplong, De la vente, I, 24; Pardessus, Cours de droit comm. I, 250; Larombière, I, art. 1101, n. 19 e 21; Lucca, 18 luglio 1870, A. IV, 2, 523; C. C. Torino, 22 dicembre 1871, L. XII, 76 e nota.

violenza e del dolo, i quali in generale, se non escludono sempre in modo assoluto il consenso, possono renderlo cotanto imperfetto da non essere sufficiente a produrre quell'effetto (art. 1108). Dico in generale; poichè la violenza fisica sempre e l'errore in certi casi escludono il consenso; allora il contratto non è già solamente invalido, ma non sussiste punto, al modo stesso che si ha per inesistente il contratto stipulato da un minore non giunto ancora alla età della ragione; o da un infermo di mente o da un ubriaco, *non compos sui*.

Sebbene il Codice patrio regola gli effetti dell'errore e della violenza sul consenso, in quanto lo rendono invalido; e ne tace nelle ipotesi che lo escludono; tuttavia reputo pregio dell'opera di trattarne sotto entrambi gli aspetti.

54. L'errore è la falsa nozione di una cosa; differisce perciò dall'ignoranza che è la mancanza d'ogni nozione sopra una cosa; chi erra, crede sapere e s'inganna; chi ignora non sa; attalchè l'errore appare più grave dell'ignoranza. In diritto positivo però sotto la voce errore si comprende anche l'ignoranza.

L'errore è di *diritto* e *di fatto* secondo che cade sopra una regola di diritto o sopra un fatto. In secondo luogo l'errore è *essenziale* e *accidentale:* il primo è quello che esclude affatto o rende inefficace il consenso a formare un contratto valido; il secondo nè lo esclude, nè lo rende inatto a produrre questo effetto.

L'errore di diritto è essenziale, quando è del contratto la causa unica o principale, come se esempligrazia alcuno per ignoranza della legge creda devoluta a lui e ad altri una eredità e con questi la divida, mentre in verità spetta per intero a lui solo; o se più coeredi per ignoranza della legge dividano per capi l'eredità che si sarebbe dovuta dividere per stirpe (art. 1109).

Per sapere poi, se l'errore di fatto sia o no essenziale, è necessario di considerarlo in rapporto alla convenzione stipulata, alla cosa che ne forma l'obbietto; alle persone dei contraenti, e ai motivi di fatto che le hanno determinate a contrattare.

L'errore che cada sulla natura del contratto, [1] esclude il consenso, e impedisce perciò che il contratto medesimo si formi; quindi per esempio, se tu intenda stipulare la locazione ed io la vendita, tu la donazione ed io il comodato, non v'ha nè locazione, nè vendita, nè donazione, nè comodato per mancanza di consenso. [2] Parimente se le parti contraenti hanno simulato una convenzione che non intesero contrattare, non v'ha contratto per mancanza di consenso. [3] Ma se sotto le apparenze di una data convenzione, ne vollero concludere un'altra, questa sussiste; perchè sopra di essa si stabilì l'accordo delle parti contraenti, e deve starsi a ciò che queste vollero realmente e non a ciò che finsero di fare: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* [4] In tal caso devono applicarsi tutte le regole generali e particolari risguardanti la convenzione che le parti intesero di stipulare, specialmente quanto alla sua validità (arg. art. 773 e 1055). Anche l'errore sulle modalità del contratto, escludono il consenso; perciò non si formerà contratto, se tu intendi di stipularlo puramente e semplicemente, e io sotto condizione. [5] Ove per causa dell'errore, il contratto deve aversi per inesistente, la tradizione che si faccia della cosa in esecuzione del medesimo, non produce verun effetto: essa rimane un mero atto materiale. [6]

---

[1] La ipotesi, che l'errore cada sulla natura e sulle modalità del contratto, non è punto considerata dalla legge patria (Vedi art. 1109 e 1110).

[2] Leg. 57, D. de obl. et act. XLIV, 7; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, XXIV, 125.

[3] Leg. 36 e 55, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 30, D. de ritu nupt. XXIII, 2; Leg. 3, § 2; Leg. 54, D. de obl. et act. XLIV, 7; Leg. 21, C. de transact.

[4] Leg. 1, 2 e 3, C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur, IV, 22; Leg. 36 e 38, de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 5, § 5; Leg. 7, § 6; Leg. 33, § 25, D. de donat. inter vir. et uxor. XXIV, 1.

[5] Gaius, III, 102, Inst. § 5, de inut. stipul. III, 20; Leg. 1, § 3, D. de verb. obl. XLV, 1; consulta Lucca, 18 luglio 1870, A, IV, 2, 523.

[6] È noto che in dritto romano la nullità della convenzione non impediva che la tradizione susseguente trasferisse la proprietà, ove da una parte il *tradens* avesse avuto la volontà di trasferirla e l'*accipiens* di acquistarla, ciò era

55. L'errore che cade sulla cosa, formante l'obbietto del contratto, può essere essenziale e accidentale; e quando è essenziale può escludere o solamente invalidare il consenso. Se cade sulla identità della cosa *(in ipso corpore)* esclude il consenso e impedisce che il contratto si formi. [1]

Se cade invece sopra la sostanza o le qualità sostanziali della medesima, invalida solamente e non esclude il consenso (articolo 1110).[2] Quindi, non v'ha vendita, se tu intenda di vendermi un quadro del Tiziano, e io di acquistarne uno di Raffaello; si forma invece la vendita se io acquisti il tal quadro, che reputo sia l'originale dipinto da Raffaello, mentre non è che una copia; ma essa è annullabile per cagione del mio errore. [3] Ma quando l'obbietto del contratto sia una quantità, e l'errore cada sull'ammontare di essa, il contratto medesimo, se unilaterale, si forma validamente per la quantità minore, sino alla quale il consenso delle parti s'incontrò; quindi se io ti abbia dimandato in imprestito dieci napoleoni da cinque franchi, e tu abbia creduto che li volessi da venti franchi, il mutuo si forma sino alla somma di cinquanta franchi. Ove poi si tratti di contratto bilaterale, bisogna distinguere, se la quantità promessa in correspettivo della prestazione da farsi dello stipulante, sia minore o maggiore di quella pretesa da quest'ultimo; poichè nel primo caso il contratto non può formarsi, giacchè per cagion dell'errore il consenso del promittente non si accorda con

---

pienamente conforme ai principî del giusto titolo relativamente alla tradizione (Leg. 36, D. de aqu. rer. dom. XLI, 1; consulta Leg. 18 princ. D. de reb. cred. XII, 1). Ma dacchè in diritto patrio la proprietà si trasferisce per virtù del solo consenso, e la tradizione non ha verun valore giuridico in ordine a tale obbietto, la decisione romana non v'è punto applicabile.

[1] Inst. § 22, de inut., stipul. III, 19; Leg. 9 princ. D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 83, § 1; Leg. 137, § 1, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 10, C. de don. VIII, 5. — Neppur questo caso è contemplato dagli articoli 1109 e 1110.

[2] [3] Non può nascer dubbio che il contratto stipulato per errore sulla sostanza o sulle qualità sostanziali della cosa che ne forma l'obbietto, è per legge patria solamente annullabile sulla dimanda di quello dei contraenti che fu in errore.

quello dello stipulante, sibbene nel secondo, accordandosi i due consensi nella quantità minore.[1] Quindi se intendo di darti in affitto la casa per dieci e tu intenda di prenderla per cinque, non si forma contratto; ben inteso che se in seguito tu convenga in dieci, il contratto si formerà a nuovo, e non sarà invece il primo convalidato; se invece intendo di dartela a pigione per cinque e tu intenda di prenderla per dieci, la locazione sussiste validamente.[2] Analoghe decisioni sono applicabili nel caso che l'errore cada sopra una qualità, promessa migliore di quella che lo stipulante voleva;[3] è bene inteso che nel caso contrario è in facoltà di colui che fu in errore di mantenere o fare annullare il contratto. La sostanza o le qualità sostanziali di una cosa sono quelle che i contraenti hanno avuto principalmente in vista nel contratto, e senza delle quali non lo avrebbero stipulato. Nel decidere se una qualità sia o no sostanziale, deve aversi riguardo non tanto alla natura della cosa in se medesima, quanto alla considerazione sotto la quale è divenuta l'oggetto del contratto; dimodochè una qualità in se medesima accidentale può avere assunto il carattere di sostanziale per virtù dell'intenzione esplicita o implicita dei contraenti, come se per esempio, una medaglia antica sia romana e non greca o viceversa. Sarebbe adunque annullabile la vendita di un monile creduto d'oro, mentre è di ottone o d'argento dorato; di una botte di vino che fosse divenuto aceto,[4] o fosse una mistura di liquidi e droghe anzichè sugo di uva;[5] di una medaglia reputata antica, mentre è moderna; o di una medaglia antica venduta per romana, mentre è greca o viceversa;

---

[1] Leg. 1, § 4 in fine, D. de verb. obl. XLV, 1.

[2] Leg. 52, § 5, D. locati, XIX, 2.

[3] Leg. 22 e 83, § 3, D. de verb. obl.

[4] Ulpiano riteneva che fosse valida la vendita dell'aceto in luogo del vino *(si acetum pro vino veneat)* si modo vinum acuit, quia eadem prope *substantia* est; la considerava per nulla, si ab initio acetum fuit, ut embamba, perchè allora aliud pro alio venisse videtur (Leg. 9 cit.). Ma io son d'avviso che anco nel primo caso la vendita sia nulla; perchè vi fu errore in una qualità se non sostanziale in sè, tale certamente per intenzione delle parti.

[5] C. C. Torino, 2 maggio 1867, B. XIX, 1, 319.

di un quadro erroneamente attribuito a Raffaello. [1] Al contrario è un errore meramente accidentale quello che cade sopra una qualità non sostanziale; perciò esempligrazia sarà valida la vendita di un monile d'oro d'infima qualità e ritenuto invece dal compratore per oro di coppella, e un cantarano di noce, reputato di mogano o di palisandro. [2] Nulla vieta però alle parti di considerare come sostanziale anche una qualità meramente accidentale; allora se tale qualità manca, il contratto è annullabile. [3]

56. L'errore sulla persona ancora può essere essenziale e accidentale; anche nel primo caso però invalida ma non esclude il consenso. È essenziale quando la considerazione della persona colla quale s'intende di contrattare, sia la causa principale o determinante del contratto: ciò si avvera non solamente nei contratti di beneficenza, ma anche in tutti quelli a titolo oneroso nei quali si ricerca il talento, l'industria ed anche la riputazione e il credito della persona. [4] All'infuora di questo caso l'errore sulla persona non vizia il consenso (art. 1110 alinea).

57. Da ultimo l'errore sui motivi di fatto che hanno determinato le parti a contrattare, non invalida il contratto; eccettochè la realtà dei medesimi non costituisca per intenzione delle parti, una condizione necessaria alla validità del medesimo. [5]

---

[1] Leg. 9, § 2, 14 in fine; Leg. 10, 11, § 1; Leg. 14; Leg. 41 e 45, D. de contr. empt.; Leg. 21, § 2, D. de act. empt. vend. XIX, 1; Savigny, op. cit. III, 138; Duranton, X, 144; Mourlon, II, 1044 e seg.; Demolombe, XXIV, 91 e seg.; Consulta C. C. Torino, 16 dicembre 1869, B. XXI, 1, 846.

[2] Leg. 9, § 2; Leg. 10 e 14, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 11, § 1, D. eod.; nel qual testo colla comune dei dottori, leggo *emptionem esse*, e non *emptionem non esse.*

[3] Leg. 41, § 1; Leg. 45, D. de contr. empt.; Leg. 21, § 2, D. de act. empt. vend. XIX, 1.

[4] Leg. 6 e 7, § 1, e Leg. 8, D. de condict. sine causa data, XII, 7; Leg. 32, D. de reb. creditis; vedi Torino. 14 aprile 1866, B. XVIII, 2, 148.

[5] Leg. 58, D. de contr. empt.; Leg. 5, § 1, D. de act. empt. vend.; Leg. 3, § 7, D. de condict. causa data, XII, 4; Leg. 65, § 2, D. de condict. ind. XII, 6; Precerutti, II, 186; Mourlon, II, 1046.

58. Queste regole sono applicabili anche nel caso in cui sull' errore di fatto abbia avuto influenza l'ignoranza di diritto; per esempio, se alcuno abbia creduto che una locazione di cento anni sia la cosa stessa di una enfiteusi in terza generazione, ed abbia creduto di ottener questa, mentre il proprietario dei beni affatto incolti ebbe in animo di fare una vera locazione, giusta la disposizione dell'articolo 1571 alinea ultimo.

59. Giova ripetere che per l' applicazione delle suddette regole, non si richiede che siano in errore ambedue le parti contraenti; basta l'errore di una sola di esse per l'annullamento del contratto; perocchè per la validità di questo si richiede il consenso valido di ambedue. [1] Ma il contraente che è stato in errore, e si vale della nullità del contratto in via d'azione o di eccezione può esser condannato verso l'altro al risarcimento de' danni; perchè egli è in colpa di non aver cercato d'illuminarsi come agevolmente avrebbe potuto; manifestando esempligrazia, nel relativo caso, la sua intenzione circa alla sostanza dell' oggetto del contratto. [2] Dall' altra parte deve egli sopportare i danni che il suo errore può avergli cagionati; senza distinguere se il contratto sia inesistente, annullabile, o valido; salva l' eccezione già indicata intorno all' errore sulla estensione o quantità dell'oggetto.

60. In secondo luogo la violenza impiegata per estorcere da una persona un contratto, [3] può escludere o solamente invalidare il consenso della persona che lo subisce: lo esclude la

---

[1] Delvincourt, II, 676; Duranton, X, 119; Colmet de Santerre, V, 16 bis, IV; Marcadè, articolo 110, III; Demolombe, XXIV, 96-105; *contro* Duvergier, De la vente, I, 300; Troplong, De la vente, II, 15.

[2] L eg. 9, D. de contr. empt.; Savigny, op. cit. p. 285; Demolombe, XXIV, 87 e 88; Doveri, II, 64, nota 1.

[3] La violenza che *non ha avuto per oggetto* di estorcere una obbligazione, ma che ha determinato la persona violentata ad assumerla, non la rende nulla. — Sed licet vim factam a quocumque Praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium, vel latronum vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc aedicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi, caeterum si alienum sum a vi, teneri

violenza *fisica* che consiste nell'impiego di forza materiale; [1] lo invalida la violenza *morale* costituita da minacce che producono il timore, e questo determina la persona violentata a conchiudere il contratto (art. 1111 e seg.). [2]

Non ogni violenza morale però invalida il consenso; ma quella soltanto che ingiustamente incute al contraente che la subisce, un timor ragionevole da fare impressione sopra una persona sensata, di esporre sè o le sue sostanze ad un male notabile (art. 1112).

Tre condizioni adunque debbono concorrere a costituire cotale violenza. Perciocchè in primo luogo deve essere ingiusta; cioè esercitata senza diritto. Quindi la detenzione arbitraria d'una persona è un atto di violenza che vizia i contratti da essa conclusi per ricuperare la sua libertà, ma non l'arresto personale legalmente eseguito. Parimente la minaccia di uccisione, d'incendio e simili mali costituisce la violenza che vizia il consenso; ma non la minaccia fatta ad un debitore di esercitare contro di lui atti giudiziali, o l'esecuzione personale dell'arresto, o la minaccia fatta ad una persona di muoverle querela per un reato; semprechè peraltro con siffatte minacce

---

me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor (Leg. 9, § 1 in fin. D. eod.). La promessa non è neppure riducibile, essendo sconosciuta nel nostro diritto la riduzione di un'obbligazione valida. Quando però la promessa sia straordinariamente eccessiva, avvi ben fondato motivo di credere che il promittente la fece, quasi invasato dalla paura, e perciò senza consenso, ed allora deve aversi come non fatta. Ma dichiarata nulla la promessa, non cessa la persona salvata di essere obbligata verso il salvatore di rimunerarlo per il fatto stesso del servigio (Marcadé, art. 1114; Mourlon, II, 1054, che cita Valette; Demolombe, XXIV, 150 e 151, fra i quali però l'accordo cade soltanto nel concetto fondamentale, che al salvatore ei deve una rimunerazione; *contro* Duvergier sur Toullier, V, 85, che ritiene la promessa riducibile).

[1] Paulus, I, 7, § 7; Leg. 2, D. quod metus causa gest. erit, IV, 2; Precerutti, II, 715; Doveri, II, 62, nota 1; Demolombe, XXIV, 132.

[2] Leg. 1, D. eod. — È noto che l'antica giurisprudenza romana non aveva riguardo nelle contrattazioni alla violenza; perchè secondo essa, non escludeva il consenso e non impediva perciò la formazione del contratto (Leg. 21, § 5, D. eod.). Ma è pur noto che il pretore Ottavio modificò questo rigore, difendendo il contraente violentato contro le conseguenze dannose della patita violenza.

giuste, non si consegua più di quello a cui si abbia diritto, sia per un titolo preesistente, sia per ragione della riparazione del danno cagionato dal reato. [1]

In secondo luogo il timore deve esser ragionevole, da fare impressione sopra una persona sensata. Questa condizione è complessa; e richiede *a)* che il timore sia ragionevole; cioè che sia certo o grandemente probabile che il male minacciato sarà consumato; dimodochè appaia prudente consiglio lo stornarlo col concludere il contratto; *b)* che il pericolo sia reale e non chimerico, [2] e sia grave; [3] *c)* che il male minacciato sia imminente; sicchè non possa invocarsi l'assistenza della forza pubblica per istornarlo; [4] e sia pure notevole. La notabilità del male deve essere considerata in modo relativo e non assoluto; in generale può considerarsi come notabile, se sia maggiore del danno che il contratto cagiona, o del sacrifizio che costa; dimodochè la minacciata distruzione di una memoria di carissima persona può bastare alla nullità del medesimo. [5]

Nel decidere, se il timore ha fatto sulla persona del contraente, tale impressione da invalidarne il consenso, deve aversi riguardo alla sua età, al suo sesso e alla sua condizione; rimanendo di tal maniera temperata la regola assoluta che risulterebbe dalla condizione voluta dalla legge, che cioè la

---

[1] Leg. 3, § 1; Leg. 7, § 1; Leg. 23, § 1, 2 e 3, D. quod metus, IV, 2; Leg. 9 princ. C. de contr. et commit. stipul. VIII, 38; Leg. 3, § 1; Leg. 12, § 2; Leg. 23, § 3 in fine, D. quod metus; Leg. 10, C. de his quae vi metusve; Merlin, Rép. v° Crainte, § 2; Toullier, VI, 81; Duranton, X, 142 e 143; Marcadé, art. 1114; Precerutti, loc. cit.; Demolombe, XXIV, 145-149; Aubry e Rau, IV, § 343 bis, pag. 229-230.

[2] Vedi Leg. 6 e 7 princ. D. quod metus, IV, 2.

[3] Paulus, I, 7, § 7; Leg. 2 e 3, § 1 in fine; Leg. 4, 5 e 6 princ.; Leg. 8, § 1 e 2; Leg. 22, D. eod.

[4] Leg. 1 e 9 princ. D. eod.; Leg. 7, C. de his, quae vi metusve, II, 20; Leg. 8 princ. C. de resc. vend. IV, 44; consulta Toullier, VI, 79; Duranton, X, 251; Larombière, I, art. 112, n. 7; Demolombe, XXIV, 139; Aubry e Rau, IV, § 343 bis, pag. 299 testo e nota 11.

[5] Consulta Leg. 9, D. ex quib. caus. mai. vig. an. IV, 6; Leg. 7, 8, 22, D. quod met. caus.; Precerutti, II, 715, p. 188, nota 4.

violenza sia di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata.

Il timore riverenziale non costituisce una violenza morale che invalidi il consenso; perciocchè da una parte non è ingiusto, e dall' altra non può esser mai sì grave da togliere alla persona che lo deve, anzichè subisce, la libertà necessaria per la validità delle contrattazioni, di fronte a colui al quale deve riverenza. [1] Ma se vi sia intervenuta violenza, allora il contratto è annullabile (art. cit.); allora nel valutare la gravezza della violenza, deve tenersi conto eziandio del timore riverenziale; per esempio, può essere annullato un contratto stipulato da una figlia presa dalle doglie del parto a favore di sua madre che la minacciava di abbandonarla; da un figlio a favore di suo padre sotto la minaccia da questo fattagli di privarlo della successione, mediante una vendita di tutti i suoi beni a fondo perduto. [2] È timore riverenziale non solo quello de' figli legittimi, naturali e adottivi, e in generale de' discendenti verso gli ascendenti, ma eziandio della moglie verso il marito, di un inferiore verso il suo superiore, di un domestico verso il suo padrone. [3]

La violenza è causa di nullità del contratto, non solo quando siasi usata contro colui che ha contratta l' obbligazione, ma eziandio, quando il male minacciato sia diretto a colpire la persona o i beni del coniuge, di un discendente o di un ascendente del medesimo; perchè si presume nel modo più assoluto che questi tema per tali suoi congiunti, come per se stesso. [4] Trat-

---

[1] Vedi Leg. 21 e 22, D. de ritu nupt. XXIII, 2; Leg. 7, C. de his, quae vi metusve causa gesta sunt, XI, 20; vedi pure Leg. 1, § 6, D. quar. rer. amat. act. non dat. XLIV, 5; Leg. 26, D. de pign. et hypot.; Leg. 3, si quis aliq. test. prohib.; Leg. 6, C. de his quae vi metusve causa.

[2] Duranton, X, 154; Larombière, I, art. 1114, n. 14; Mourlon, II, 1053; Demolombe, XXIV, 153; Aubry e Rau, IV, § 343 bis, pag. 301.

[3] Duranton, X, 151; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1114; Demolombe. XXIV, 154 e seg.

[4] Vedi Leg. 8, § 3, D. quod metus.

tandosi di altre persone, congiunte od anche estranee, [1] spetta al giudice di pronunziare sulla nullità, secondo le circostanze (art. 1113). In altri termini, se trattisi di coniuge, di discendente e ascendente, la violenza usata contro alcuno di essi produce necessariamente e di diritto la nullità del contratto, come se fosse stata esercitata contro il contraente medesimo, mentre in riguardo a tutte le altre persone i giudici sono liberi di decidere, secondo le circostanze. [2] Sotto la voce di discendente si comprendono anche i figli naturali riconosciuti o dichiarati e i loro discendenti legittimi (art. e arg. art. 184 e seg. e art. 743, 748, 815 e seg.), [3] anzi vi sono compresi eziandio i figli adottivi (art. e arg. art. 202 e seg., 736 e seg.). [4]

La violenza morale, come è stato detto, non esclude il consenso, ma l'invalida; essa perciò non impedisce che il contratto si formi, ma lo rende annullabile sulla dimanda del contraente violentato. [5]

---

[1] La legge non distingue. D'altra parte anche verso una persona a me non congiunta per vincolo di sangue, posso nutrire tanto affetto da rimaner colpito da grave timore per il male minacciatole. Chè anzi per solo sentimento di umanità posso rimanerne colpito per il male minacciato a persona del tutto estranea, come se fosse minacciata di morte una persona a me affatto ignota (Vedi Marcadé, art. 1103; Demolombe, XXIV, 162).

[2] Alcuno mi dimanda che gli venda il mio podere, minacciando d'incendiare l'abitazione di mio figlio, ove mi rifiuti; io, sotto l'influenza di questa minaccia, glielo vendo. Il giudice dovrà ammettere la dimanda di nullità, benchè il mio avversario provi che fra me e mio figlio v'ha inimicizia. Al contrario se l'incendio era minacciato all'abitazione di mia sorella o di mio zio, il giudice ammetterà o no la dimanda di nullità, secondo che proverò o no che io e que'miei congiunti siamo uniti da vivissima affezione; dimodochè m'indussi a vendere per l'unico motivo di risparmiar loro il male minacciato dell'incendio. Mancando il testo francese della disposizione finale del nostro articolo 1113; è controversa tra gl'interpreti di esso la decisione analoga alla disposizione anzidetta (Consulta nel senso di questa Larombière e Demolombe, loc. cit.; Mourlon, II, 1052).

[3] Delvincourt, II, 462; Duranton, X, 152; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 300, nota 14.

[4] Larombière, I, art. 1113, n. 16; Demolombe, XXIV, 161 e 162; Aubry e Rau, loc. cit.; *contro* Delvincourt e Duranton, loc. cit.

[5] È noto che la medesima dottrina è professata da tutti gl'interpreti del diritto romano, rispetto ai contratti *stricti iuris*, e dalla grandissima maggio-

La violenza morale produce questo effetto non solo, quando sia stata usata dalla persona, a vantaggio della quale si è fatto il contratto, ma anche quando sia stata impiegata a tale intento, da persona diversa da quella (art. 1111 in fine); [1] a differenza del dolo. [2]

61. In terzo ed ultimo luogo il dolo non esclude mai, ma invalida solamente il consenso; esso perciò non impedisce che si formi il contratto, ma lo rende soltanto soggetto a nullità. [3]

Il dolo sono i raggiri usati da uno de' contraenti per trarre in inganno l'altro, e determinarlo per tal via a conchiudere il contratto o a più gravose condizioni. [4] Non possono quindi assimilarsi al dolo nè la persuasione, nè quei mezzi leali ed onesti adoperati dall'uno de' contraenti nella trattazione dell'affare;

---

ranza anche rispetto ai contratti *bonae fidei*. Quanto poi alla opinione che possa darsi una violenza incidentale, che non annullerebbe il contratto, ma produrrebbe un'azione di danni; essa ha ancor meno seguaci (Consulta Leg. 21, § 1, D. eod.; Leg. 13, princ. C. de transact. III, 4; Leg. 3, 4, 5, 7 e 8, 10 e 12, C. eod.; Leg. 8, princ. C. de resc. vend.; vedi Van Wetter, II, § 213 e i molti che cita).

[1] Leg. 14, § 3, D. quod metus causa; Leg. 4, § 33, D. de doli excep. XLIV, 4. Non osta la Leg. 5, C. eod.; consulta Paulus, I, 7, § 5; Leg. 9, § 1 in fin. D. eod.

[2] Vedi numero seguente.

[3] È noto che l'antica giurisprudenza romana non aveva punto riguardo al dolo in materia di convenzione; perchè esso non esclude mai il consenso: la convenzione perciò sussisteva e produceva tutti i suoi effetti; ciascuna delle parti doveva provvedere ai propri interessi, stipulando nel caso di frode la prestazione dei danni, o di una somma di denaro *(clausula doli)*. Ma i pretori Cassio e Aquilio Gallo, mutarono tale giurisprudenza, stabilendo che il contraente ingannato potesse di diritto e indipendentemente dalla *clausula doli*, o impugnar l'atto o dimandare il risarcimento dei danni sofferti per cagione del dolo (Vedi fra le altre, la Legge 1 princ. § 1, D. de dolo malo, IV, 3; Leg. 1, § 1, D. de doli except. XLIV,4). Gl' interpreti però nel determina re l'effetto del dolo sulle convenzioni, giusta il diritto romano furono e sono tuttora discordi (Consulta Van Wetter, II, § 212, pag. 754, e i molti che cita).

[4] Omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita (Leg. 1, § 2, D. de dolo malo; Leg. 7, § 9, D. de pactis; Leg. 43, § 2, D. de contr. empt.). Ma la voce *dolo* nel suo più esteso significato indica prava e positiva intenzione di nuocere.

nemmeno raggiungono il dolo quelle lodi esagerate e perciò solo menzognere almeno in parte; e quelle cure quasi faticose intese ad attenuare i vizi o difetti della cosa offerta o dimandata e sulla quale è per stipularsi il contratto.[1] Nemmeno può ravvisarsi dolo nella scaltrezza di uno dei contraenti, e nella inesperienza e spensieratezza dell' altro.[2] Ma non si richiede che il dolo faccia cadere la parte contraente con cui è adoperato, in uno di quegli errori che per se medesimi viziano il consenso, giusta le regole sopra esposte; perocchè allora il contratto o si dovrebbe avere per inesistente,[3] o sarebbe annullabile per errore secondo le regole sovraesposte: ciò solo è richiesto che esso abbia fatto nascere l'intenzione di contrattare; dimodochè quand'anche il dolo siasi aggirato intorno a qualità accidentali della cosa, ma determinò nondimeno il contraente a stipulare il contratto, questo è annullabile.[4] Il dolo adunque non vizia coll'errore che produce, il consenso tanto quanto si richiederebbe per rendere nullo il contratto; però all'invalidamento insufficiente del consenso si aggiunge il torto e il pregiudizio che esso arreca alla parte contro cui fu usato; questo torto e pregiudizio, consistendo nella stipulazione del contratto, è perfettamente riparato dall'annullamento di questo. Nulla rileva del resto che il dolo sia positivo o negativo; che miri a far credere ciò che non è, o a fare ignorare ciò che è; che consista in bugiarde affermazioni, o in dissimulazioni o in fallaci reticenze.

---

[1] In venditionibus et locationibus, *aliisque negotiis* licet se invicem circumscribere (Leg. 16, § 4, D. de min. vig. quinq. annis IV, 4; Leg. 22, D. loc. cond. XIX, 2; Leg. 1, § 2, D. de dolo malo, IV, 3; Leg. 8, C. de resc. vend. IV, 44; Larombière, I, art. 1116, n. 5°; Demolombe, XXIV, 178; Aubry e Rau, loc. cit.)

[2] Vedi Casale, 4 aprile 1868, B. XX, 2, 274.

[3] Anche in tale ipotesi deve tenersi conto del dolo; potendo servir di base all'azione di danni.

[4] Vedi Marcadé, loc. cit.; Demolombe, XXIV, 181; Aubry e Rau, IV, § 342, pag. 304.

Il dolo non si presume, ma deve esser sempre concludentemente provato;[1] ciò è vero anche nel caso di lesione.[2]

Non ogni dolo invalida il consenso; ma quello solamente che sia stato la causa del contratto *(dans causam contractui)*, ossia che abbia fatto nascere l'intenzione di contrattare in colui contro il quale si adoperò; talchè senza di esso questi non avrebbe contrattato. Questo dolo chiamasi *determinante*, per distinguerlo dall'*incidentale (dolus incidens)*, che si usa nel corso delle trattative intese alla conclusione del contratto, affine d'indurre la parte contraente, contro cui è usato, ad accettare condizioni che altrimenti non avrebbe accettato. Questo dolo non è causa di nullità del contratto; perchè l'intenzione di contrattare si ebbe prima e indipendentemente da esso: dà soltanto diritto o ad una diminuzione della prestazione dovuta dalla parte che fu ingannata, o al risarcimento de'danni contro l'autore o il complice del medesimo.[3]

Nè basta che il dolo sia determinante per rendere annullabile il contratto stipulato sotto l'influenza di esso; si richiede ancora che esso sia stato usato dall'altro contraente e non da un terzo (art. 1115).[4]

---

[1] Leg. 18, § 1, D. de prob. XXII, 3; C. C. Firenze, 24 novembre 1870; A. IV, 1, 343.

[2] Nel diritto patrio non si conosce il dolo *reale*, il dolo cioè che *res ipsa in se habet* (Leg. 36, D. de verb. obl. XLV, 1).

[3] Leg. 13, § 4; Leg. 32, D. de act. empt. vend. XIX, 1; Leg. 45, D. de contr. empt. XVIII, 1; Toullier, VI, 91; Duranton, X, 170 e seg.; Larombière, I, art. 1116, n. 3; Demolombe, XXIV, 175-177; Aubry e Rau, IV, § 343 bis, pag. 302; Marcadé, art. 1116, I e III.

[4] Leg. 2, § 1, D. de doli except. XLIV, 4. — Contraria disposizione governa il caso della violenza (art. 1111). La ragione della differenza che per tutti non sarà probabilmente soddisfacente, sta in questo, che la violenza invalida per se sola il consenso, e perciò è indifferente che ne sia stato autore il contraente o altra persona; mentre a produrre la nullità del contratto nel caso di dolo concorre il torto cagionato all'ingannato; la riparazione del quale in quanto consiste nell'annullamento del contratto, non può dimandarsi che al contraente che commise il torto; o se meglio piaccia, sta in questo, che gli atti di violenza sono più colpevoli e pericolosi dei raggiri e perciò debbono essere più gravemente repressi.

Se però il contraente fu complice dei raggiri, o ne fu soltanto consapevole al tempo del contratto, questo è parimente annullabile.[1] È poi appena da notarsi che il dolo usato da un mandatario convenzionale o legale, reputasi come usato dal contraente; per quanto riguarda la nullità del contratto.[2] La disposizione di legge che dichiara annullabile il contratto per causa di dolo, quando questo sia stato adoperato da uno dei contraenti, non ammette eccezione.[3] Ma dall'altra parte essa non riguarda che gli atti giuridici, alla cui formazione debbono concorrere due parti, l'una delle quali adoperi il dolo contro l'altra. Quando invece gli atti siano unilaterali, quali per esempio, l'accettazione di una eredità o la rinunzia ad essa, o ad un condominio, o ad un diritto di servitù, il dolo può esser causa di nullità, benchè non praticato dalle persone interessate.[4]

Ma se entrambe le parti siansi reciprocamente ingannate; l'una non ha azione contro l'altra, sia per chiedere l'esecuzione del contratto o per conseguire il risarcimento dei danni, sia per fare rimettere le cose *in pristinum*, ove il contratto sia stato eseguito; perchè si fa luogo a compensazione fra il dolo dell'una e il dolo dell'altra parte: *dolus inter utramque partem compensatur*. Non deve punto aversi riguardo alla estensione del danno resultante dal dolo rispettivo.[5]

---

[1] Duranton, X, 177 e 178; Marcadé, art. 1116, III; Larombière, I, art. 1116, n. 8; Demolombe, XXIV, 186; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 303.

[2] Leg. 15, D. de dolo malo, IV, 3; Duranton, X, 186; Larombière, I, art. 1116, n. 10; Demolombe, XXIV, 187; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Consulta Leg. 34, § 3; Leg. 57, § 3, de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 3, § 3, D. de eo per quem fact. erit, II, 10; Leg. 36, D. de dolo malo, IV, 3; Leg. 4, § 13, D. de dol. mal. except. XLIV, 4; Leg. 154, D. de reg. iur. L, 17.

[4] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 303, nota 26.

[5] Duranton, X, 179; Marcadé, art. 1116, I; Larombière, I, art. 1116, n. 8; Demolombe, XXIV, 170; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 302 e pag. 303, nota 29. In diritto romano invece la stessa regola ammetteva delle eccezioni (Vedi Leg. 2, § 5, D. de doli mali except. XLIV, 5; Leg. 36, D. de verb. obl. XLV, 1).

La nullità del contratto per causa di dolo, può opporsi anche ai terzi successori particolari del contraente che commise il dolo. [1]

Il contraente ingannato ha in ogni caso diritto al risarcimento dei danni contro l' autore dei raggiri, sia l' altro contraente o un terzo, cioè gli competa o no l' azione di nullità (art. 1151). [2] Se il dolo fu usato da un mandatario o da un rappresentante legale, al risarcimento de' danni sono tenuti questi e non quegli per cui contrattarono. [3]

62. Il terzo requisito necessario per la validità, ed eziandio per l' esistenza medesima dei contratti è un oggetto.

In generale può formare oggetto di un contratto, ogni cosa che offra allo stipulante un qualche interesse e sia possibile tanto fisicamente quanto giuridicamente (art. 1116). Se la cosa non offrisse per lo stipulante alcun vantaggio, non potrebbe formare obbietto di contratto; perciocchè questo dovrebbe conferirgli su quella un diritto, nel mentre invece non si dà diritto senza interesse (art. e arg. art. 406). [4] Ma l'interesse può essere pecuniario o di diletto; quindi per esempio, è suscettiva di contrattazione la ricreazione onesta e civile con dati trattenimenti di musica, ballo, lettura. [5] Anzi se la cosa ipoteticamente non offra per se stessa alcun vantaggio allo stipulante, può nondimeno

---

[1] Toullier, VII, 549 e 550; Duranton, X, 180; Larombière, I, art. 1114, n. 12; *contro* Marcadé, art. 1116, II; Demolombe, XXIV, 190.

[2] Consulta Leg. 8 e 18 princ. e § 3, D. de dolo malo, IV, 3; Leg. 2, D. de proxenet. 4, 14; Leg. 3, § 2, 3, D. si mensor falsum mod. dix. XI, 6; ma tieni conto ad un tempo del carattere generale ed assoluto della disposizione dell' articolo 1115 (Consulta Duranton, X, 176; Marcadé, art. 1116, I; Larombière, I, art. 1116, n. 8°; Demolombe, XXIV, 183 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 343 bis, pag. 303 testo e nota 29).

[3] Consulta Leg. 15, D. de dolo malo, IV, 3; Duranton, X, 186; Larombière, I, art. 1116, n. 10; Demolombe, XXIV, 187; Aubry e Rau, IV, § 343 bis, pag. 303 testo e nota 28.

[4] Inst. § 19 princ. de inut. stipul. III, 20; Leg. 61, D. de pactis.

[5] Leg. 3, D. de serv. praed. urb. VIII, 2; Leg. 8, § 1, D. si serv. vind. VIII, 5; Leg. 3 princ. D. de aqua quot. et aest. XLIII, 20; C. C. Firenze, 30 dic. 1869, B. XXI, 1, 890.

rendersi utile per esso nel contratto, mediante la clausola penale, pel caso che non sia prestata. [1]

È fisicamente impossibile in primo luogo una cosa che nel momento del contratto non esiste, nè può in avvenire esistere, per essere contraria alle leggi naturali *(impossibilità assoluta)*. [2] Ma la cosa che tale non sia, non può punto considerarsi impossibile, per non trovarsi il debitore in condizione di prestarla *(impossibilità relativa o personale)*: allora la sua obbligazione si risolverà in danni (art. e arg. art. 1225, 1226, 1228 e 1229). [3]

In secondo luogo è fisicamente impossibile la cosa che nel momento del contratto era cessata di esistere, per essere stata, esempligrazia, distrutta da un terremoto, da una inondazione o da un incendio (art. e arg. art. 1161). [4] È indifferente, per quanto riguarda l'esistenza del contratto, che le parti abbiano saputo o ignorato la perdita della cosa; poichè la buona o la mala fede non può mai tener luogo di obbietto per dare esistenza al contratto (art. e arg. art. cit.). [5] Ma se l'una delle due stipulò il contratto, sapendo che la cosa era perita, ed ha con ciò arrecato danno all'altra, è obbligata a tenernela indenne (arg. art. 1151). [6]

Infine per essere fisicamente impossibile non può formare obbietto di un contratto una cosa che già appartiene a colui, al quale per effetto di esso dovrebbe essere consegnata; perchè *res quae semel mea est, amplius mea esse non potest*: la cosa stessa dicasi di un diritto reale, o di un diritto di credito sulla medesima; giacchè il diritto di proprietà li include (art. e arg.

---

[1] Inst. loc. cit.; vedi sopra n. 42.

[2] Gaius, III, 97; Inst. § 1, de inut. stipul.; Leg. 8 princ. de contr. empt. VIII, 1; Leg. 1 e 7, D. de hered. vel. act. vend. XVIII, 4.

[3] Consulta Leg. 137, § 4 in fin. D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 25, § 10, D. fam. ercisc. X, 2.

[4] Gaius, III, 97; Inst. § 1, de inut. stipul. III. 20; Leg. 57 princ. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 1, § 9, D. de obl. et act. XLIV, 7.

[5] Leg. 57 princ. e § 1 e 3, D. de contr. empt. XVIII, 1.

[6] Leg. 57, § 2 e 3, D. eod.

art. 710, 1447).[1] Ma se presso il proprietario non risieda piena la proprietà, può acquistare di tali diritti sulla cosa sua; per esempio può dall'usufruttuario, per quanto riguarda il diritto di usufrutto, ottenere la servitù di acquedotto sopra la cosa stessa sulla quale egli non ha che la nuda proprietà, o prenderla dal medesimo in affitto. Inoltre la stessa regola non impedisce che si facciano convenzioni condizionali (che sono molto ma molto ipotetiche) sopra la cosa propria.[2]

È poi giuridicamente impossibile l'obbietto, che sia fuori di commercio per tutti in generale o per il creditore in particolare (art. e arg. 1116);[3] ma se ne sia vietato il commercio al solo debitore, il contratto è valido, ed obbliga questo a pagare al creditore i danni (art. e arg. art. cit. e art. 1225).[4] Nulla rileva che la cosa divenga commerciabile, dopo stipulato il contratto: inesistente questo sin dal principio, non può in seguito aver vita.[5] Ma reputo che anche una cosa incommerciabile possa condizionalmente venir dedotta in contratto.[6] Chè se la cosa si trovava in commercio al tempo

---

[1] Gaius, III, 99; Inst. § 22, de inut. stipul.; Inst. § 4, de act. IV, 6; Leg. 16 princ. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 45 princ. D. de reg. iur. L, 17.

[2] Consulta, tenendo conto però delle differenze che passano fra la teoria romana e la patria sulla trasmissione delle cose, Leg. 61, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 98, D. de cond. XXXV, 1; Leg. 31 e 98 princ. D. de verb. oblig. XLV, 1.

[3] Gaius, III, 97; Inst. § 2, de inut. stipul. III, 20; Inst. § 5, de empt. et vend. III, 23; Leg. 22, 23, 34, § 1 e 2; Leg. 73 princ. D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 83; § 5, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 62 princ. D. de contr. empt. 9, D. de re milit. XLIX, 16; Leg, 6, § 3 in fine, D. de offic. proc. I, 16.

[4] Leg. 34, D. de verb. obl. XLV, 1.

[5] Inst. § 2, de inut. stipul. III, 20; Leg. 83, § 5, D. de verb. obl. XLV, 1.

[6] Giusta il diritto romano non poteva dedursi in contratto neppure sotto condizione una cosa fuori di commercio (Leg. 34, § 2, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 83, § 5, de verb. obl. XLV, 1). Ma tale decisione non essendo fondata sopra verun motivo plausibile, a giudizio degl'interpreti di quel gius (Van Wetter, II, § 206, pag. 733), reputo che non debba esser seguita nel diritto patrio; poichè niuna disposizione di esso ce la impone; e la decisione contraria è perfettamente conciliabile colla legge patria; essendo anzi la contraria perfettamente conciliabile con questa.

del contratto, e in seguito ne sia messa fuori, non può dirsi a rigore che il contratto sia colpito da una nullità susseguente; perchè *ex post facto* ha cessato di avere il suo obbietto; invece si estingue l'obbligazione del debitore, rimanendo i rapporti suoi e quelli del creditore regolati dalle disposizioni degli articoli 1298-1299. [1]

Fra le cose che per motivi giuridici non possono formare obbietto di contratto, merita special menzione una successione non ancora aperta, benchè a rigore non sia fuori di commercio. I contratti sopra una successione non ancora aperta sogliono comunemente chiamarsi *contratti* o *patti successorii*. Essi sono proibiti per essere contrari ai buoni costumi e sorgente di pessime conseguenze, specialmente pel pericolo che alla vita della persona, la cui successione sia dedotta in contratto, attenti chi mediante questo, si fosse assicurato il diritto di succederle (art. 1118). [2] Questa regola è assoluta e non vien meno, neppure nel caso in cui la persona della cui eredità si tratta, abbia prestato il suo consenso al contratto, e muoia senza rivocarlo; [3] o si tratti di un contratto di matrimonio (art. 954 e 1379). [4] Quanto alla società, è permesso soltanto di pattuire che i beni i quali saranno acquistati da essi per successione, vi entrino per essere goduti in comune (art. 1701). [5] I patti successorii sono proibiti non solo quando abbiano per oggetto l'universalità o una quota della successione non ancora aperta, ma ancora diritti ereditari eventuali su cose particolari; per esempio un patto fra l'erede presuntivo ed un legatario. [6]

---

[1] Leg. 83, § 5, D. de verb. obl. XLV, 1.

[2] Leg. 61, de verb. obl. XLV, 1; Leg. 29, § 2, D. de donat. XXXIX, 5; Leg. 4, C. de inutil. stip. VIII, 39; Leg. 30, C. de pact. II, 3; consulta il mio Trattato delle successioni, I, 33.

[3] [4] [5] Vedi il mio Trattato delle successioni, I, 34-35.

[6] Troplong, De la vente, I, 246; Larombière, I, art. 1130, n. 13; Demolombe, XXIV, 325; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 317. Quanto ai patti stipulati sulla eredità di un assente, vedi Demolombe, II, 130; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 319-320 testo e note 20-22.

Se il patto successorio abbia per oggetto cose indipendenti e cose dipendenti da una successione non ancora aperta è nullo per l'intero, se fu concluso per un solo e medesimo prezzo. Ma è in facoltà del creditore di mantenere il contratto per le cose indipendenti dalla successione e che perciò possono formare validamente oggetto del medesimo, consentendo di pagare tutto il prezzo per esse, ossia rinunziando al benefizio del contratto per le cose dipendenti dalla successione; invero il debitore non ha interesse di opporsi a che il contratto sussista per le cose indipendenti dalla successione; anzi ne ha vantaggio, prendendo per esse sole tutto il prezzo, parte del quale sarebbe stato il corrispettivo delle cose della futura successione; nè può efficacemente contestare che non ha, nè avrebbe consentito al contratto di quelle cose soltanto; poichè il consenso prestato pel tutto, comprese necessariamente le parti. [1]

Del pari, come cose giuridicamente impossibili, non possono formare obbietto di contratto i fatti illeciti o immorali che siano cioè contrari all'ordine pubblico, ai buoni costumi e alla legge; tali sono esempligrazia, le società per la fondazione di case da giuoco, per l'esercizio del contrabbando (art. e arg. art. 1116 cong. con gli art. 616, 849, 1065). [2]

Ma viceversa tutte le cose che sono in commercio possono formare oggetto di contratto, siano cose strettamente intese *(res)* che debbano consegnarsi, siano fatti *(facta)* che il debitore debba compiere o da cui debba astenersi e che siano apprezzabili in denaro (art. 1219, 1221 e 1223). [3] La natura delle cose è a questo riguardo affatto indifferente; quindi possono

---

[1] Consulta Troplong, De la vente, I, 251; Duvergier; De la vente, I, 231; Larombière, I, art. 1130, n. 32; Demolombe, XXIV, 329; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 318.

[2] Inst. § 24, de inut. stip. III, 20; Leg. 57, D. pro socio, XVII, 2; Leg. 26 e 27 princ.; Leg. 35, § 1; Leg. 123, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 27, § 3 e 4, D. de pactis, II, 14; Leg. 6, C. de pactis, II, 3; Leg. 4, C. de inut. stip. VIII, 39.

[3] Vedi Leg. 9, § 2, D. de statu lib. XL, 7.

essere materia di contratto le cose mobili ed immobili, corporali ed incorporali, fungibili od infungibili e via discorrendo.

Possono essere oggetto di contratto le cose commerciabili non solo presenti, o esistenti nel tempo della stipulazione del contratto, ma anche le future, cioè non esistenti in quel tempo ma che possono esistere in avvenire, come se ti vendessi il vino che produrrà in quest' anno la mia vigna. Quando il contratto ha per oggetto una cosa futura, è necessario di considerare se fu dedotta in contratto la cosa, in quanto esisterà, ossia la cosa sperata *(res, sperata)*, o l'eventualità, l'alea della esistenza, la speranza *(alea, spes)*; nel primo caso il contratto è commutativo, nel secondo aleatorio; di conseguenza nel primo caso, se la cosa mancherà, come se la mia vigna non produrrà vino, o sì poco da doversi considerare quasi per nullo, il contratto si ha come non fatto per mancanza di oggetto; nel secondo sussiste, produca molto o poco o non produca nulla la vigna. [1] Se il contratto sia della prima o della seconda specie, è quistione di fatto, da decidersi, considerando le circostanze e specialmente la quantità del prezzo: se questa equivalga, o quasi, al valore della cosa che poteva ragionevolmente sperarsi, il contratto deve in generale ritenersi della prima specie; altrimenti della seconda. Nel dubbio il contratto deve interpretarsi, secondo la regola generale contro lo stipulante ed a favore del promittente (art. 1137).

Del resto tanto la piena proprietà, quanto gli altri diritti reali, e il godimento personale della cosa possono formare oggetto di contratto.

Tuttavia gli atti dipendenti da una professione letteraria, scientifica od artistica, benchè non sieno fuori di commercio, non possono per se medesimi e direttamente formare oggetto di contratto nel senso che il promittente non può essere civilmente costretto all' esecuzione della sua promessa, come il medico a curare il malato, l' avvocato a difendere la causa;

---

[1] Vedi Leg. 8, D. de contr. empt. XVIII, 1.

perciò non è tenuto per solo effetto della inesecuzione della medesima, al risarcimento dei danni; ma anche in tali casi rimane soggetto alla risponsabilità stabilita dagli articoli 1151 a 1152. [2] Al contrario quegli a cui favore tali atti furono compiuti, trovasi obbligato efficacemente a prestare al promittente la rimunerazione. [2] Ma può essere oggetto di un contratto un'opera da prodursi colla mente e colla mano, come un trattato di geometria, un romanzo, una tragedia, la musica di un dramma, un quadro, una statua; di conseguenza il debitore è tenuto civilmente ad eseguirla sotto pena di danni. [3]

63. Ogni cosa che viene dedotta in contratto, deve essere determinata almeno nella specie o nel genere (art. 1117).[4] Se la cosa fosse affatto indeterminata, può considerarsi il contratto, come mancante di obbietto; poichè il creditore non ha alcuno interesse per esigere l'esecuzione del contratto, in quanto che il debitore può prestargli una cosa di nessun valore; per esempio, stipulata la vendita di un animale, o di una pianta, il venditore può soddisfare la sua obbligazione di consegna, dando al compratore un moscerino, un insetto, la più umile erba del prato.

Ma la quantità della cosa può essere incerta, purchè si possa determinare, cogli elementi che il contratto contenga; per esempio, può determinarsi la quantità del grano che mi hai venduto per seminare il mio podere; per provvedere ai bisogni della mia famiglia per tre mesi; del pari può determinarsi la quantità della dote che un padre si è obbligato di costituire a sua figlia, intendendosi la congrua, cioè tale che sia proporzionale alle sostanze del patrimonio e alla con-

---

[1] [2] [3] Consulta Leg. 1 princ. D. si mensor. fals. mod. dixer. XI, 6; Aubry e Rau, IV, § 34, pag. 314 testo e nota 2; vedi pure il mio Trattato delle locazioni, n. 268.

[4] Leg. 74, D. de verb. obl. XLV, 1. — È noto che una cosa può essere determinata nel suo individuo, nella sua specie e nel suo genere; che la specie è una collezione di individui e il genere una collezione di specie, e che quella può divenir genere e questo specie, secondo il modo di considerarli.

dizione della famiglia (art. 1117).[1] In questi ed altri simili casi peraltro il contratto s'intende subordinato alla condizione che la cosa possa veramente determinarsi con quei dati che il contratto medesimo somministra; perciò si avrà per non stipulato, se la determinazione non possa farsi; nè può pretendersi da veruna delle parti che si proceda alla determinazione della quantità con diversi dati, avendo il contratto medesimo forza di legge fra di loro, anche per tale obbietto (art. 1123).

64. Il contratto che giusta le regole suesposte manchi di obbietto, o la cosa che ne forma materia, sia indeterminata e indeterminabile, deve aversi per inesistente, siccome fu notato sin dal principio; quindi per inesistenti debbono aversi eziandio i patti di futura successione.[2] Ma quantunque inesistente il contratto per incommerciabilità dell'obbietto, la parte che l'altra ha ingannata sulla natura di esso, rimane obbligata dal suo dolo a tenerla indenne del danno che può avergli arrecato (art. 1151).[3]

65. Il quarto requisito necessario alla validità ed eziandio alla esistenza dei contratti, è la causa. Per causa dei contratti e conseguentemente delle obbligazioni che ne nascono, s'intende il motivo giuridicamente sufficiente a determinare ambedue i contraenti o uno di essi ad obbligarsi.[4] Questa causa è ben distinta dal motivo di fatto che può avere indotto le parti a formare il contratto; così se io prendo in prestito da te cento, la causa giuridica del contratto o della obbligazione di restituire è l'acquisto della proprietà dei cento, ma il motivo di fatto può essere il soddisfare ad impegni, il provve-

---

[1] Consulta Larombière, I, art. 1129, n. 4; Demolombe, XXIV, 315.

[2] Consulta Aubry e Rau, IV, § 344, pag. 317 testo e nota 15.

[3] Inst. § 5, de empt. et vend. III, 23; Leg. 62, § 1, D. de contr. empt. XVIII, 1; consulta Maynz, I, § 283, obs. I.

[4] In diritto romano i contratti, eccettuati i consensuali, non obbligavano per se stessi civilmente le parti; erano necessarie per tale effetto proprie solennità.

dere ai miei bisogni, l'acquistare libri, l'intraprendere un viaggio. [1]

Nei contratti a titolo gratuito o di beneficenza è causa sufficiente dell'obbligazione l'intenzione di esercitare un atto di liberalità o di rendere un servigio. Nei contratti a titolo oneroso poi è causa sufficiente dell'obbligazione il vantaggio che ciascuno de'contraenti intende procurarsi, per effetto diretto del contratto, avuto riguardo alla sua speciale natura. Questo vantaggio può consistere, sia in una prestazione certa (nei contratti commutativi) od eventuale [2] (nei contratti aleatori), sia nella liberazione di una obbligazione preesistente.

Possono essere causa di una nuova obbligazione, non solo le obbligazioni civili ma anco le naturali; anzi v'ha tendenza a riconoscere, come causa sufficiente, il semplice desiderio di soddisfare a sentimenti di onore o di delicatezza; forse perchè troppo sovente i doveri morali sono stati confusi colla obbligazione naturale. [3]

66. La causa può mancare o può essere falsa o illecita. Chiamasi obbligazione senza causa quella che ne manca.

La causa di un'obbligazione è falsa, quando una delle parti si è obbligata per una causa immaginaria che supponeva reale *(causa erronea)*, come se, legato cento misure di vino, si faccia novazione fra l'erede e il legatario per pagare invece

---

[1] Alcuni chiamano causa *finale*, motivo *immediato*, *determinante*, *efficiente* il primo; causa *impulsiva*, motivo *mediato*, *impulsivo* il secondo.

[2] Nei contratti bilaterali la causa dell'obbligazione di una delle parti si confonde coll'oggetto dell'obbligazione dell'altra; dimodochè la teoria della causa di questi contratti è legata intimamente con quella dell'oggetto: v'ha soltanto differenza nel modo di considerarli; quando trattasi dell'oggetto, la prestazione dovuta da ciascuna delle parti è considerata in sè medesima e isolatamente; quando trattasi della causa, le prestazioni reciprocamente dovute si considerano l'una in opposizione dell'altra. Al contrario nei contratti unilaterali l'oggetto e la causa dell'obbligazione sono distinti, e se ne rileva la distinzione, ricercando che si debba, *quid debetur* e perchè si debba, *cur debetur* (Consulta Mourlon, II, 1102; Larombière, I, art. 1131, n. 9; Demolombe, XXIV, 352 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 345, pag. 321).

[3] Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 4; Demolombe, XXIV, 351.

cento monete, e in seguito si discopra un secondo testamento che revoca quel legato; o quando ambedue le parti hanno indicato una causa che sapevano non esistere *(causa simulata)*; come se io mi dichiarassi tuo debitore di mille per altrettanti ricevuti a mutuo, mentre te li dovrei per perdita a giuoco proibito.

La causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume e all' ordine pubblico; non è punto necessario che sia colpita dalla legge penale (art. 1122). [1] Hanno quindi fra le altre, causa illecita le convenzioni che tendono a fare dallo stipulante violar doveri, per esempio, a non fare assolvere un innocente; anzi hanno pure causa illecita le convenzioni che mirano ad indurre lo stipulante alla resipiscenza, o a mantenerlo nella osservanza dei propri doveri, essendo illecito di esigere perciò un prezzo. Del pari v' ha causa illecita nella convenzione intesa a far conseguire impieghi; e nei patti di quota di lite *(de quota litis)*. Medesimamente è viziata da causa illecita la promessa di una società o di una somma determinata, affine di allontanare gli oblatori dal concorso ai pubblici incanti. [2] Infine tntti i fatti illeciti promessi in un contratto da una delle parti, costituiscono cause illecite della obbligazione assunta dall' altra parte; quindi ha causa illecita la promessa di dar cento ad una donna che col promittente stringe illeciti rapporti. Ma se invece la promessa fu fatta in riparazione del danno che egli le ha cagionato seducendola, ha causa perfettamente lecita. [3]

La convenzione fondata sopra una causa turpe per entrambe le parti contraenti, non dà luogo ad azione nè per l' una nè per l' altra. [4]

Essa però può essere illecita per una delle parti e per l' altra no; allora la prima può valersene, non la seconda; per

---

[1] C. C. Napoli, 3 agosto 1866, B. XVIII, 1, 667.
[2] C. C. Napoli cit.; Napoli, 13 ottobre 1869, B. XXI, 2, 751.
[3] C. C. Napoli, 12 aprile 1872, P. VII, 368.
[4] C. C. Torino, 25 agosto 1869, B. XX, 1, 586.

esempio, se tu depositario neghi di restituirmi il deposito, sapendo che mi mancherà la prova, e ti accordi di restituirmelo, mediante un prezzo, tu al certo non potrai pretendere da me la somma che ti ho promesso; quand'anche mi abbia restituito la cosa depositata; mentre io, se non l'avessi ancora riavuta, potrò chiederti la restituzione del deposito in base a questa convenzione.

67. Salva questa distinzione, il contratto stipulato senza causa, o fondato sopra una causa falsa od illecita, non può avere alcun effetto, ossia è nullo in modo assoluto, e si considera come inesistente (art. 1119).[1]

Se però la causa sia falsa per simulazione, il creditore può provare che fatta astrazione della causa simulata, ne esiste una sufficiente e lecita. Ciò avverandosi, l'obbligazione esiste ed è perfettamente valida; in caso contrario si presume che la simulazione nasconda una causa insufficiente o illecita.[2]

Ma non si richiede che nell'atto il quale constata l'esistenza di un contratto unilaterale, sia espressa la causa (art. 1120);[3] essa si presume, e di conseguenza il contratto trovasi in istato di validità, per quanto concerne la causa, sino a che non si provi il contrario (art. 1121).[4] Quindi il debitore che vuole

---

[1] Vedi appresso n. 82; per quanto concerne la ripetizione di ciò che sia stato pagato senza causa, o per causa falsa o illecita.

[2] Merlin, Rép. v° Convention, § 2 e Quest. v° Cause des oblig.; Toullier, VI, 176 e 177; Larombière, I, art. 1132, n. 8; Demolombe, XXIV, 370 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 445. pag. 323-324.

[3] L'articolo 1120 del nostro Codice ha i difetti del corrispondente articolo 1132 del Codice napoleonico, adoperando in senso equivoco la voce *contratto*, invece dell'*atto*, dell'*instrumentum* che constata il contratto fonte di obbligazione, e non limitando la disposizione ai contratti unilaterali, gli atti o gl'istrumenti de' quali soltanto possono non esprimere la causa; mentre ne' bilaterali, essendo l'obbligazione dell'un contraente causa dell'obbligazione dell'altro non è neppure concepibile che non vi sia espressa (Consulta Marcadé, art. 1132; Aubry e Rau, III, 221; Mourlon, II, 1106 e 1107).

[4] Con questa disposizione il nostro legislatore ha voluto troncare la questione cotanto controversa in Francia, a chi incomba la prova sull'esistenza della causa.

sottrarsi all' adempimento della sua obbligazione deve provare che questa è senza causa; per esempio, se in un biglietto avessi scritto: *ti pagherò* o *prometto di pagarti cento;* te li debbo, se non provo che la mia promessa non ha causa; al modo stesso che te li dovrei, se vi avessi scritto: *ti pagherò i cento che mi hai imprestato;* se non provo che è falsa la causa del prestito.

68. Regolarmente le convenzioni si formano e sono perfette per virtù del consenso e indipendentemente da ogni estrinseca formalità. Questa regola però va soggetta a due ordini di eccezioni; essendovi dei contratti che debbono farsi sotto pena di nullità per atto pubblico; ed altri che sotto la stessa pena debbono farsi per atto pubblico o per iscrittura privata.

Della prima specie sono due solamente; cioè la donazione (art. 1056) e il contratto di matrimonio (art. 1382).

Alla seconda appartengono

1° Le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d' ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato;

2° Le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o d'abitazioni, o trasferiscono l' esercizio del diritto d' usufrutto;

3° Gli atti di rinunzia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti;

4° I contratti di locazione d' immobili eccedente i nove anni;

5° I contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni;

6° Gli atti che costituiscono rendite sì perpetue che vitalizie;

7° Le transazioni;

8° Gli altri atti specialmente indicati dalla legge (art. 1314).

Come gli atti della prima classe, così quelli della seconda debbono considerarsi come inesistenti o nulli in modo assoluto ed irreparabilmente, se non sia stata osservata la formalità dell' atto pubblico o della scrittura privata. Quindi non sono suscettivi di convalidazione per conferma, ratifica o esecuzione; e

la loro nullità può farsi valere in via tanto d'azione quanto di eccezione in ogni tempo. [1]

69. Ogni convenzione deve intendersi nel senso verosimilmente voluto dalle parti contraenti; perciocchè la loro volontà è per esse legge (art. 1131); per esempio, gl' immobili per destinazione, possono esser dichiarati mobili dal giudice; ove risulti essere stata intenzione delle parti di considerarli per tali nel contratto sia di vendita, sia di locazione. [2]

In forza di tal principio quando i termini della convenzione sono precisi e chiari, deve in generale starsi al loro significato; giacchè è per lo meno conforme a tutte le probabilità che la intenzione delle parti sia quale è manifestata dai termini, per ciò appunto adoperati; [3] in specie un contratto deve ritenersi qual è qualificato dalle parti; ben inteso che la denominazione ad esso data non sia in manifesto conflitto con la sostanza del medesimo. [4] Parimente quando ambedue le parti contraenti sono concordi nell'esprimere qual fu la loro volontà, stipulando un contratto, non possono i giudici, coll'interpretazione di qualche frase dell'atto, attribuire ad esse una volontà diversa. [5] Ma questa regola vien meno col suo motivo, quando i termini benchè chiari, non possono conciliarsi colla natura del contratto e colla evidente intenzione delle parti, ove siano presi nel loro senso letterale (art. 1131). [6] In questa ipotesi conviene attenersi alle seguenti regole:

---

[1] Vedi l'Appendice in fine del volume.

[2] Cagliari, 29 agosto 1867, B. XIX, 2, 528.

[3] Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio (Leg. 25, § 1, D. de leg. 3°, XXXII). Vedi C. C. Torino, 15 aprile 1866, A. I, 1, 205; 25 marzo 1868, B. XX, 1, 300.

[4] Perugia, 7 luglio 1870, IV, 2, 258; vedi pure Perugia, 6 aprile 1870, A. IV, 2, 164; C. C. Torino, 15 luglio 1871, A. V, 1, 390.

[5] Firenze, 11 dicembre 1869, A. III, 2, 488.

[6] In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectare placuit (Leg. 119 princ. D. de verb. sign. L, 16; Leg. 69 princ. D. de leg. 3°, XXXII).

1º Se le parti abbiano usato termini troppo generali; debbono questi restringersi al vero obbietto della convenzione (art. 1138); [1]

2º Quando i contraenti per spiegare un patto, hanno espresso un caso a cui applicarlo, non si presume che abbiano voluto restringere l'effetto del contratto al caso espresso; al contrario deve presumersi che abbiano voluto estenderlo ai casi non espressi, ai quali secondo ragione, può estendersi lo stesso patto (art. 1139). [2] Ma i patti esorbitanti dalle regole comuni di diritto debbono interpretarsi ristrettivamente, e non estendersi a casi diversi; [3]

3º Al significato proprio ed usuale di una espressione deve essere preferito il senso attribuitogli nel paese dove fu stipulato il contratto: [4] dall'altra parte al significato locale delle parole deve essere preferito quello che le parti solevano attribuir loro nel loro linguaggio individuale. [5]

Quando poi i termini del contratto sono equivoci o ambigui, oscuri, incerti o dubbiosi, debbono nella interpretazione seguirsi queste norme:

1º Le clausole dei contratti debbono interpretarsi le une per mezzo delle altre; attribuendo a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero (art. 1136). [6] Del pari per qualificare un atto, non deve aversi riguardo isolatamente ai diversi patti e clausole, ma debbono prendersi nel loro complesso; [7]

---

[1] Leg. 81, D. de reg. iur. L, 17; Leg. 56 princ. D. mand. XVII, 1.

[2] Leg. 78, § 3, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 9, § 3, D. de transact. II, 15.

[3] Brescia, 5 febbraio 1868, A. II, 2, 555.

[4] Leg. 50, § 3 princ. D. de leg. 1º, XXX; Leg. 65, § 7, de leg. 3º, XXXII; Leg. 18, § 3 in fine, D. de instr. vel instrum. leg. XXXIII, 7; Leg. 34, D. de reg. iur. L, 17.

[5] Leg. 50, § 3 princ. de leg. 1º, XXX; Leg. 69, § 1, D. de leg. 3º, XXXII; Leg. 18, § 3 in fine, D. de instr. vel instrum. leg. XXXIII, 7; Leg. 96, D. de reg. iur. L, 17.

[6] Leg. 21, § 1 in fine, D. qui test. fac. possunt, XXXVIII, 1; Leg. 50, § 3 in fine, D. de leg. 1º, XXX; Leg. 134, § 1, D. de verb. obl. XLV, 1.

[7] Perugia, 6 aprile 1870, A. IV, 2, 164.

2° Quando una clausola ammette due sensi, si deve intendere nel senso per cui può la medesima avere qualche effetto, piuttosto che in quello per cui non ne potrebbe avere alcuno; non potendo supporsi che le parti l'abbiano stipulata per nulla (art. 1132); [1]

3° Le parole che possono avere due sensi, debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto; essendo sommamente verosimile che di continuo abbiano le parti avuto riguardo in ogni punto a questa materia (art. 1133); [2]

4° Le espressioni ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica nel paese dove fu stipulato il contratto (art. 1134).

Chè se tutti questi mezzi siano insufficienti per interpretare chiaramente il contratto, il dubbio che resta deve essere risoluto contro il creditore e a favore del debitore; perciocchè quegli trovasi nel contratto in tale posizione da potersi spiegare nel modo più chiaro: se egli quindi non valendosi di tale vantaggiosa posizione, non curò la chiarezza e lasciò le cose nell'oscurità e nel dubbio, è giusto che ne sopporti le conseguenze (art. 1127). [3]

Le esposte regole hanno per obbietto, di dirigere il criterio del giudice; ma se non le segue, non commette un errore di diritto. [4] Dall'altra parte può seguirle, sebbene non gli siano state suggerite dalle difese delle parti. [5]

70. Passando ora a discorrere degli effetti dei contratti, primieramente questi, ove siano formati legalmente, hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti (art. 1123 princ.). Quindi le disposizioni di legge che dichiarano semplicemente la volontà presunta dei contraenti non debbono essere applicate, che a quelle materie non regolate punto o imperfettamente dal

---

[1] Leg. 12, D. de reb. dub. XXXIV, 5; Leg. 80, D. de verb. obl. XLV, 1.

[2] Leg. 67, D. de reg. iur. L, 17; Leg. 11, § 1 in fine, D. de act. empt. vend. 19, 1; Leg. 29, D. loc. cond. XIX, 2; Leg. 43 princ. D. de damno inf. XXXIX, 2.

[3] Leg. 99 princ. D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 21; Leg. 23, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 39, D. de pact. II, 14.

[4] C. C. Torino, 8 luglio 1868, B. XX, 1, 694.

[5] C. C. Firenze, 21 novembre 1870, IV, 1, 413.

contratto; per esempio, se in un contratto di locazione sia determinato lo stato in cui la cosa deve essere dal locatore consegnata all'affittuario non può trovare applicazione l'articolo 1576; ma ove in tutto o in parte taccia di ciò il contratto, l'articolo medesimo regolerà i rapporti dei contraenti, rispetto a tale materia o in tutto o nella parte non provvista.

Ma i contratti non sono leggi; perciò l'erronea interpretazione dei medesimi, che non includa la violazione di qualche disposizione legislativa per travisamento di un fatto o di un atto, non dà luogo a ricorso in cassazione.[1]

I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità,[2] l'uso o la legge ne derivano o vi si considerano come virtualmente comprese (art. 1124 e 1135); per esempio, deve ritenersi tacitamente convenuta una retribuzione a favore di un mandatario, quando il mandato si esercita in un luogo, dove esiste consuetudine costante di retribuirlo.[3] Questa regola è applicabile anche ai contratti aventi per oggetto divertimenti da teatro; per quanto concerne le pratiche teatrali.[4]

71. Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto reale o personale, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del solo consenso legittimamente manifestato e senza bisogno di consegna (art. 1125 e 1448). È legittima la manifestazione del consenso, quando si

---

[1] Vedi Toullier, VI, 193; Duranton, X, 379 e 380; Mourlon, II, 1114; Marcadè, art. 1134; Demolombe, XXIV, 388; Aubry e Rau, IV, § 346, pag. 326; C. C. Torino, 26 apr. 1866, B. XVIII, 1, 258; 26 lug. 1867, B. XIX, 1, 520; 12 ag. 1867, B. XIX, 1, 574; 8 gen. 1868, B. XX, 1, 16; quanto alla violazione di legge commessa nella interpretazione della convenzione, vedi C. C. Torino, 25 maggio 1866, B. XVIII, 1, 379; 31 luglio 1867, B. XIX, 1, 542; 25 marzo 1868, B. XX, 1, 300.

[2] In diritto italiano, tutti i contratti sono di buona fede, *bonae fidei*, nel senso del diritto romano.

[3] C. C. Torino, 15 febbraio 1867, B. XIX, 1, 105.

[4] Parma, 12 luglio 1866, B. XVIII, 2, 334.

è fatta nella forma dalla legge permessa o prescritta, come sostanziale nei contratti solenni.

Questo principio è applicabile non solo nei rapporti fra i contraenti, ma eziandio riguardo ai terzi, ai quali perciò può dagl' interessati opporsi il contratto; sempreché se stipulato per scrittura privata, questo abbia data certa (art. 1327). Adunque se la stessa cosa sia stata alienata a due o più persone, il primo acquirente è preferito al secondo, quand'anche a questo ne sia stata fatta la consegna; inquantochè quegli può rivendicarla da questo.

Ma riguardo ai terzi medesimi lo stesso principio subisce parecchie eccezioni. Perciocchè, in primo luogo, se la cosa alienata a due o più persone è un mobile per natura sua o un titolo al portatore, quella fra esse a cui fu dato il possesso è preferita all' altra, purchè il suo possesso sia di buona fede: è affatto indifferente che il suo titolo sia anteriore o posteriore di data; attalchè anche in questo secondo caso il primo acquirente non può sperimentare la rivendicatoria contro il secondo (art. 1126). In secondo luogo la cessione di un credito non ha effetto rispetto ai terzi, se non mediante l' intimazione fatta al debitore della seguíta cessione, o mediante l' accettazione da questo fattane con atto autentico (art. 1538). In terzo ed ultimo luogo, se obbietto del contratto sia un immobile, le sentenze e gli atti assoggettati dalla legge alla formalità della trascrizione non hanno effetto riguardo ai terzi, sino a che non siano trascritti (art. 1942). Queste eccezioni hanno comune lo scopo di tutelare la buona fede dei terzi.

Ma non v' ha traslazione di proprietà, o di altro diritto neppure nei rapporti dei contraenti;

1° Quando oggetto del contratto sia una cosa altrui, o un diritto su cosa altrui, non potendo niuno trasmettere ad altri ciò che non ha; in questo caso lo stipulante potrà o dimandare la nullità del contratto, o costringere il promittente alla esecuzione della sua obbligazione di consegnare; ove gli sia possibile; e mediante il possesso della cosa, conseguito per tal via, farla sua colla prescrizione; salvo la ratifica del proprie-

tario della cosa alienata, la quale intervenendo, produce effetto retroattivo;

2° Quando abbia per oggetto una cosa determinata soltanto nella specie; essendo allora indispensabile che sia individuata perchè vi sia traslazione di proprietà o di altro diritto;

3° Finalmente quando le parti contraenti abbiano differito ad un tempo più o meno lontano tale traslazione ed acquisto. [1]

In ogni altro caso il principio riprende il suo impero, e specialmente nel caso in cui il contratto abbia per oggetto due o più cose in maniera alternativa, poichè lo stipulante deve essere sin dal giorno della stipulazione del contratto medesimo, considerato proprietario della cosa scelta da lui o dal promittente. [2]

La cosa, trasmessa ed acquistata che sia, passa e rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione, giusta i termini del contratto. Adunque il deterioramento e la stessa perdita della cosa debbono sopportarsi dall'acquirente, che nondimeno resta obbligato di pagare l'intero prezzo al venditore; ma viceversa cedono a suo vantaggio gli accrescimenti, come l'alluvione (art. 1125). Ma se il debitore sia in mora a fare la tradizione della cosa, questa rimane a rischio e pericolo di lui dal giorno della mora, giusta i principî generali di diritto (art. 1219). In ogni caso il gravame del rischio e pericolo della cosa, non appartiene agli elementi essenziali dell'atto traslativo di proprietà; è perciò in facoltà delle parti contraenti di regolarne diversamente la risponsabilità.

---

[1] Vedi sopra n. 27 testo e nota.

[2] Mourlon, II, 1237 e 1238; Colmet de Santerre, V, 115 bis, VI; Demolombe, XXVI, 16 e seg. — Ma debbo notare che la decisione data nel testo è controversa; perocchè v'ha chi nega in modo assoluto che il contratto abbia in tal caso virtù traslativa (Toullier, III, 695; Larombière, III, art. 1193-1194, n. 2). Altri, a quanto sembra, distingue, decidendo che se la scelta appartiene al debitore, non v'ha traslazione, sibbene se la scelta appartenga al creditore (Marcadé, art. 1194).

72. I contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti: essi regolarmente non giovano, nè pregiudicano ai terzi, fuorchè nei casi stabiliti dalla legge (art. 1130). Per terzi s'intendono tutti coloro che non hanno personalmente figurato in una convenzione, nè vi sono stati rappresentati nè dal loro autore, nè da un mandatario, nè da un gestore di negozi. Questa regola però va soggetta ad eccezione in materia di concordato; e nella stipulazione validamente formata per altri, giusta l'alinea dell'articolo 1128.

Ma i contratti estendono attivamente e passivamente i loro effetti agli eredi e agli altri aventi causa da ciascuno de'contraenti, quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto (art. 1127); questa seconda eccezione ha luogo specialmente nei contratti di locazione d'opera, di società, e di mandato (art. 1642, 1729 e 1757).[1] I contratti, i cui effetti si estendono agli eredi ed aventi causa dei contraenti sogliono chiamarsi *in rem*, gli altri *in personam*.[2]

73. Resta a discorrere dello scioglimento dei contratti che può aver luogo per parecchie cause.

Primieramente i contratti, eccetto quello di matrimonio, (art. 1385), possono sciogliersi per mutuo consenso (art. 1123 alinea). Questa regola è applicabile nei rapporti fra i contraenti, anche in ordine ai contratti traslativi o costitutivi di diritti reali; ma rispetto ai terzi, la convenzione di scioglimento è piuttosto retrocessione.[3] Al contrario niun contratto può sciogliersi per volontà di una delle parti contraenti; salvo clausola in contrario, o disposizione di legge (art. 1123).

Secondariamente i contratti cessano collo spirare del termine, fissato per la loro durata; ciò ha luogo in modo speciale nel contratto di locazione, salva la tacita rinnovazione di questa.

---

[1] Duranton, X, 259; Marcadé, art. 1122, I; Demolombe, XXIV, 265 e seg.
[2] Vedi Leg. 7, § 8, D. de pactis.
[3] Consulta Duranton, XVI, 387; Demolombe, XXIV, 392.

Cessano in terzo luogo per effetto della nullità, o della rescissione della obbligazione, a cui una delle parti contraenti era tenuta.

Si risolvono in quarto luogo per effetto della condizione risolutiva.

Infine si sciolgono col divenire impossibile l'esecuzione della obbligazione assunta da una delle parti, e consistente nel fare (arg. art. 1642) o nel consegnare una cosa in base ad un diritto personale di godimento (art. e arg. art. 1578, 1593 e 1731 alinea 1°); e coll'essere conseguentemente liberata l'altra parte dalla sua obbligazione. Al contrario trattandosi di contratto traslativo di proprietà o di diritti reali, la perdita della cosa che ne forma l'obbietto, non produce lo scioglimento del contratto; perciocchè l'altra parte continua ad esser tenuta per la obbligazione da lei assunta.

Ma per regola generale i contratti non si sciolgono per morte di uno dei contraenti (art. 1127). Questa regola non è assoluta, però va soggetta a parecchie eccezioni; così fra gli altri casi, la società finisce per la morte di alcuno dei soci (art. 1729); il contratto di locazione di un'opera si scioglie colla morte dell'artefice e dell'architetto od imprenditore incaricato di essa (art. 1642), e la colonía divien soggetta a risoluzione per morte del colono (art. 1653).

SEZIONE II.

DEI QUASI-CONTRATTI

SOMMARIO

74. Nozioni generali intorno ai quasi-contratti — Specie di essi: gestione d'affari; ricevimento d'indebito.

75. Che cosa sia il quasi-contrato della gestione di affari — Condizioni che si richieggono per la formazione di esso — Prima condizione: capacità del gestore di obbligarsi; *quid*, se sia incapace l'interessato? — Seconda condizione: la gestione deve essere assunta volontariamente — Terza condizione: gli affari debbon esser altrui — Quarta condizione: gli affari altrui debbono trattarsi senza mandato e all'insaputa dell'interessato — Quinta condizione: gli affari altrui debbono essere trattati dal gestore coll'intenzione di obbligare l'interessato — Sesta ed ultima condizione: gli affari debbono essere trattati bene.

74. La seconda causa delle obbligazioni è il quasi-contratto, che come lo indica il suo nome, è un atto analogo ad un contratto. Ne differisce, perciocchè non è il risultato di un consenso propriamente detto; non essendo prestato nè in modo espresso nè in modo tacito; ma ha con esso analogia; perciocchè ha per base il consenso presunto; ritenendosi che le parti interessate abbiano consentito al quasi-contratto, per ragione della natura stessa dei fatti volontari e leciti che si sono compiuti. Non si presume un consenso generico, sibbene il consenso analogo a quello che si richiederebbe per formare il contratto, col quale il quasi-contratto ha particolare somiglianza; attalchè ad ogni quasi-contratto si applicano le regole che governano il contratto che gli serve di tipo; salve le modificazioni richieste dalla natura stessa delle cose.

Il quasi-contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta di diritto un'obbligazione unilaterale per la persona che n'è l'autore o un'obbligazione recciproca tra essa e quella a cui quel fatto ha arrecato un pregiudizio o un vantaggio (art. 1140).

I quasi–contratti sono due, la gestione di affari e il ricevimento dell'indebito, presa questa parola nel significato più ampio: [1] il primo ha manifestissima relazione col mandato; il secondo ha analogia col mutuo.

75. Il quasi–contratto della gestione di affari si forma quando taluno tratta volontariamente affari di un altro, senza mandato e all'insaputa di questo, ma coll'intenzione di obbligarlo. Quegli che tratta gli affari chiamasi *gestore d'affari (negotiorum gestor)*; l'altro *interessato (dominus rei gestae, dominus negotiationis)*.

Per la formazione di questo quasi–contratto si richieggono parecchie condizioni. Perciocchè in primo luogo è necessario che il gestore sia capace di obbligarsi. Gl'incapaci, come i minori, gl'inabilitati, gl'interdetti, immischiandosi in affari altrui, non esercitano una vera gestione d'affari che è pur sempre un atto di consenso; nè possono col fatto proprio obbligarsi in un quasi–contratto, come non possono assumere efficaci obbligazioni coi contratti. Coll'immischiarsi però negli affari altrui possono esser tenuti, ne'congrui casi, coll'azione *de in rem verso*, o coll'azione di danno (arg. art. 1307, 1151 e 1152). [2] Al contrario non si richiede che l'interessato sia capace di obbligarsi, formandosi la sua obbligazione indipendentemente dal suo consenso, attesa l'utilità della gestione de'suoi affari, da altri tenuta. [3]

---

[1] Il diritto romano riconosceva altri cinque quasi-contratti che sono: 1° L'accettazione di una tutela o di una curatela; 2° L'accettazione di eredità o di un legato gravato di altro legato; 3° La comunione incidentale; 4° Il ricevimento di cose appartenenti ad un viaggiatore; 5° Le perdite e avarie marittime subite in un interesse comune. Ma la legge patria impone essa medesima le relative obbligazioni nelle identiche ipotesi, indipendentemente affatto da ogni concorso del consenso presunto delle parti.

[2] Leg. 3, § 4, D. de negot. gestis; Delvincourt, I, 162 e 163; Aubry e Rau, IV, § 441, pag. 722 testo e nota 1; *contro* Toullier, IX, 39 e 40; Duranton, II, 497; XIII, 662 e 663; Larombière, V, art. 1374, n. 9. — L'azione *de in rem verso* è meno favorevole di quella *negotiorum gestorum*, perchè per essa il convenuto non è tenuto che *quatenus locupletior factus est*, avuto riguardo al tempo in cui è sperimentata.

[3] Leg. 3, § 5; Leg. 6 princ. D. de neg. gest.; Leg. 2, C. eod.

In secondo luogo si richiede che il gestore tratti gli affari altrui volontariamente, ossia senza esservi tenuto da una obbligazione legale; non v'ha quindi gestione d'affari nell'amministrazione che il padre o il tutore tiene, dei beni dei minori soggetti alla loro potestà o autorità: questa amministrazione è quindi retta dalle sue proprie leggi. [1] Ma la donna maritata che s'immischia negli affari altrui, resta obbligata, benchè non vi sia stata autorizzata dal marito o dal tribunale (art. 134).

È necessario in terzo luogo che gli affari trattati dal gestore siano altrui e non propri. Non v'ha dunque gestione di affari se alcuno tratti gli affari propri, credendoli altrui: se sono in parte altrui e in parte propri, v'ha gestione parziale, cioè limitata agli affari altrui. [2] Ma quando gli affari siano altrui, non nuoce alla formazione del quasi-contratto l'errore sulla persona a cui appartengono; come se io trattassi gli affari di Caio, credendoli di Tizio; solamente il quasi-contratto si sarebbe formato fra me e Caio e non fra me e Tizio. [3] Infine, se alcuno tratti gli affari altrui, credendoli propri, non v'ha rigorosamente gestione di affari che suppone nel gestore la volontà di fare l'affare altrui, [4] tuttavia in pratica è considerato tale. [5]

Occorre in quarto luogo che gli affari altrui si trattino senza mandato e all'insaputa dell'interessato; altrimenti si avrebbe nel primo caso mandato espresso e nel secondo mandato tacito. [6] Ma se l'agente avesse creduto avere un mandato che effettivamente non aveva, o il mandato avuto fosse nullo, v'ha gestione

---

[1] Consulta Leg. 6, § 1 e 2; Leg. 18, D. mandati, XVII, 1; Leg. 60, princ. D. de reg. iur. L, 17.

[2] Leg. 6, § 4, D. de neg. gest. III, 5.

[3] Leg. 5, § 1; Leg. 6, § 4, 9 e 11; Leg. 45, § 2; Leg. 49, D. eod.

[4] Leg. 14, § 1; Leg. 29, D. de negot. gest.; Leg. 33, D. de condict. indeb. XII, 6; Leg. 14, D. de doli mali except. XLIV, 4.

[5] Vedi Leg. ult. D. de neg. gestis; Marcadè, art. 1375, II; Doveri, II, 483, 1.

[6] Leg. 3, § 5; Leg. 6, 24, 41, D. de neg. gest.; Leg. 16, D. de SC. Maced. XIV, 6; Leg. 6, § 2; Leg. 18 e 53, D. mandati, XVII, 1; Leg. 60, D. de reg. iur. L, 17; Leg. 6, C. de neg. gest. IV, 35.

di affari;[1] v'ha ancora in riguardo agli affari trattati fuori dei limiti del mandato; infine v'ha riguardo agli affari di una persona diversa da quella che al gerente aveva dato il mandato di trattarle gli affari. Molto meno si avrebbe gestione di affari, se l'interessato si fosse opposto alla gestione che altri avesse assunto degli affari di lui: in tal caso deve presumersi che l'agente abbia avuto l'intenzione di fare atto di liberalità piuttosto che quella di commettere un delitto.[2]

In quinto luogo il gestore deve trattare gli affari altrui coll'intenzione di obbligare l'interessato. Se li tratti coll'intenzione di esercitare verso questo una liberalità (*animo donandi*), si avrebbe donazione e non gestione di affari;[3] ma cotesta intenzione non si presume: essa deve risultare evidentemente dalle circostanze.[4]

Da ultimo si richiede che gli affari siano dal gestore trattati bene ossia utilmente;[5] non potendo essere in veruna guisa permesso a chicchessiasi di obbligarmi trattando degli affari, nei quali per quanto miei, io non abbia interesse (art. 1144).[6] Diverso principio regola sotto questo riguardo il mandato (art. 1753).

---

[1] Leg. 5, 6, § 5; Leg. 7, 19, § 2; Leg. 22, D. de negot. gest.

[2] Leg. 8, § 3, D. de negot. gest.; Leg. 40, D. mandati; Leg. 29, C. de neg. gestis; Toullier, XI, 55; Duranton, XII, 19; Aubry e Rau, IV, § 441, pag. 772; Doveri, II, § 483, p. 323, nota 1 in fine; *contro* in vario senso, Troplong, Du cautionnement, n. 329; Mourlon, II, 1669; Marcadé, art. 1375, III.

[3] Leg. 4, 27, § 1; Leg. 44, D. de neg. gest.; Leg. 11, 12, 13, 14, C. eod.

[4] Leg. 34, D. de neg. gest.

[5] Il testo dell'art. 1144 si esprime in questi termini: Se l'affare fu *bene* amministrato, ecc.; questa espressione è la traduzione del corrispondente testo francese le maître dont l'affaire a été *bien* administrée (art. 1375). Se così piaccia, si ravvisi nella voce *bene* anche l'indicazione della diligenza che deve adoperarsi dal gestore, che è la diligenza solita ad usarsi da un *buon* padre di famiglia. Ma è fuor di dubbio che come nel diritto francese, vuol dire *avantageusement gérée* l'affaire (Marcadé, art. 1375); così nel diritto patrio deve prendersi per sinonimo di *utilmente*, di *utiliter* del giure romano.

[6] Leg. 2 in fine; Leg. 10, § 1; Leg. 27 princ.; Leg. 45 princ. D. de neg. gestis; Leg. 3, § 4, D. de in rem verso, XV, 13; Leg. 10, C. de neg. gest.

Per decidere se la gestione sia stata tenuta bene, conviene considerarla nel tempo in cui i singoli affari furono amministrati;[1] il gerente quindi ha diritto al rimborso delle spese utilmente fatte, quand'anche la loro utilità sia in appresso andata perduta per cause a lui non imputabili.[2] Ma se egli errò nel giudicare l'utilità della sua gestione, deve sopportarne le conseguenze.[3] La prova della utilità deve esser data dal gestore.[4] Ove non riesca a darla, l'interessato può a piacer suo ammettere od escludere la gestione; ma in questo secondo caso sarà tenuto verso il gestore coll'*actio de in rem verso.*[5]

76. Dal quasi-contratto della gestione d'affari nascono obbligazioni reciproche tra il gestore e l'interessato e si generano rapporti giuridici fra essi e i terzi.

Il gestore di negozi soggiace a tutte le obbligazioni che l'accettazione del mandato impone al mandatario (art. 1141 in fine). In forza di questo principio quindi, il gestore dei negozi è tenuto in primo luogo ad usare nella amministrazione degli affari altrui tutte le cure di un buon padre di famiglia; l'autorità giudiziaria però può moderare la valutazione dei danni, che fossero derivati da colpa o negligenza dell'amministratore, secondo le circostanze che lo hanno indotto ad assumere l'affare; per esempio in circostanze che non ammettevano alcun ritardo (art. 1145).[6] Ma indipendentemente dalle circostanze, la responsabilità del gestore di affari deve essere valutata più rigorosa-

---

[1] V'ha chi distingue fra la gestione necessaria e la gestione semplicemente utile; e applica le decisioni date nel testo nella prima ipotesi soltanto; e ritiene che nella seconda ipotesi l'interessato non sia tenuto verso il gerente che *in quantum locupletior factus est.* Ma questa distinzione, dato ancora che fosse ammissibile in diritto romano (Vedi Van Wetter II, § 269, pag. 102-103, che cita Vangerow), non ha fondamento di sorta nel diritto patrio (Consulta Toullier, XI, 375; Duranton, XIII, 671; Marcadé, art. 1375, I).

[3] Leg. 25 e 31, § D. de neg. gestis.

[4] Leg. 10, § 1, D. de neg. gest.

[5] Leg. 11, 43, D. eod.; Leg. 3, § 8; Leg. 5 princ. § 2, D. de in rem verso, XV, 3.

[6] Consulta Leg. 3, § 9, D. de neg. gestis.

mente che quella del mandatario (arg. art. 1844 1° cong. art. cit.).[1] Chè anzi può estendersi ancora al caso fortuito, quando abbia impreso speculazioni insolite per l'interessato.[2]

Deve in secondo luogo continuare la gestione cominciata e condurla a termine sino a che l'interessato non sia in grado di provvedervi da sè stesso (art. 1141 princ.). Chè se l'interessato muoia prima che l'affare sia terminato, il gestore è tenuto a continuare la gestione, sino a che l'erede possa assumerne la direzione (art. 1143):[3] in ciò la gestione di affari differisce dal mandato che finisce con la morte del mandante (art. 1757, ma vedi art. 1745 alinea); perciocchè questo si fonda sulla fiducia della persona.

Da ultimo il gestore di negozi è obbligato di render conto della sua gestione (arg. art. 1747). E se da questo risulti debitore, deve non solo le somme, ma ancora gl'interessi di quello che ha impiegato a proprio uso dalla data del fattone impiego, e gl'interessi di quelle di cui è rimasto in debito dal giorno in cui fu costituito in mora (arg. art. 1750).[4]

A queste obbligazioni soggiace eziandio colui che il gestore si è sostituito nella gestione (arg. art. 1748).[5]

Per conseguire dal gestore o dal suo sostituito quanto ei debba, l'interessato ha l'azione *negotiorum gestorum directa*.

L'esperimento di quest'azione può estendersi ancora contro chi ha fatto un affare altrui, che per errore credeva suo proprio.

---

[1] Leg. 21, § 2, D. de neg. gest.

[2] Vedi Instit. de obl. quasi ex contr. III, 27; Leg. 20, C. de neg. gest.; Leg. 3, § 9 e seg. 11, D. de neg. gest.

[3] Leg. 21, D. neg. gestis.

[4] Marcadé, art. 1372-1375; Mourlon, II, 1665. — Per diritto romano il gestore che aveva trattato più affari, poteva compensare i lucri derivati da uno coi danni derivati da un altro (Leg. 11, D. de neg. gestis) e se avesse provato che anco senza il suo intervento sarebbe accaduta una perdita, non ne rispondeva (Leg. 13 e 22, D. eod. tit.). Non veggo nulla nel nostro diritto che osti all'applicazione di tali decisioni; anzi avendo il nostro legislatore adottato per intiero la teoria romana sulla gestione, v'ha motivo per crederle comprese nella nostra legge.

[5] Marcadé, art. 1372-1375, I in fine.

77. Dal canto suo l'interessato, il cui affare è stato assunto da un terzo, senza mandato, soggiace alla sua volta alle obbligazioni che l'esecuzione del mandato impone al mandante.

Adunque l'interessato è tenuto primieramente ad adempiere le obbligazioni contratte in nome suo dal gestore d'affari; per esempio, se minacciando rovina la tua casa, io ne abbia a tuo nome pattuito con Antonio la riparazione per 1000 lire, tu dovrai pagare a questo tal somma (art. 1144).

Deve in secondo luogo l'interessato medesimo tenere indenne il gestore da quelle obbligazioni che questi ha personalmente assunto; come se io abbia pattuito a mio nome con Antonio la riparazione della tua casa per 1000 lire: in questo caso io soltanto sono personalmente obbligato verso Antonio, ma convenuto da lui, potrò chiamarti in causa, perchè mi rilevi dall'azione contro me sperimentata. Antonio peraltro potrà anche agire in mio nome contro di te. Ma se per garantía del terzo, il gestore ha obbligato sè e l'interessato, entrambi si trovano obbligati verso di quello (art. 1144).

Da ultimo è tenuto a rimborsarlo delle spese necessarie ed utili, cogl'interessi dal giorno in cui furono fatte (art. 1144).

L'interessato deve soddisfare queste obbligazioni per l'intero; semprechè il gestore nei relativi affari abbia usato la dovuta diligenza ed abbia fatto cosa utile per l'intero importare di esse. Quindi se il gestore fece una spesa necessaria ma che però un buon padre di famiglia non avrebbe fatto; per esempio riparando una casa che questi invece avrebbe demolito, non potrà ripeterla tutto al più che sino alla concorrenza dell'utile reale che può avere apportato. Del pari se fece una spesa maggiore dell' utile, non potrà ripeterla che sino alla concorrenza dell'utile. [1] Ciò negli stretti limiti della gestione. Ma se

[1] Per diritto romano il pupillo e ogni persona incapace di obbligarsi non era tenuta per l'*actio negotiorum contraria* che sino alla concorrenza della somma, per cui si trovava arricchita nel momento in cui tale azione è promossa (Leg. 37, D. de neg. gest. III, 5; Leg. 2, C. eod.); perciocchè nella posizione in cui entrambi trovavansi, di perdere, doveva essere l'incapace preferito al capace.

l'interessato ratifichi gli atti compiuti dal gestore, egli è tenuto verso questo e verso i terzi nella qualità di mandante, in quanto tale mutamento giova all'uno e agli altri.[1]

Oltre l'interessato, possono dalla gestione di affari rimanere obbligate altre persone; per esempio, chi tratta gli affari di un minore coll'intendimento di giovare non solo a questo ma anche al tutore, obbliga l'uno e l'altro;[2] e chi tratta gli affari affidati ad un mandatario obbliga questo e il mandante.[3]

Per ottenere l'adempimento di tali obbligazioni il gestore di affari ha l'azione *negotiorum gestorum contraria.*

Ma quest'azione non compete a chi ha assunto gli affari altrui per suo interesse personale; esempligrazia per fare un guadagno per sè; esso non ha che l'azione *de in rem verso*, per ripetere le spese fatte sino alla concorrenza della somma di cui l'interessato si trovi arricchito nel momento della dimanda. Altrettanto dicasi di colui che ha fatto l'affare altrui, credendolo suo.[4]

Non compete neppure a quello che ha assunto gli affari di un altro, contro il divieto di lui; anzi in tal caso non gli compete azione neppure per il rimborso di veruna spesa, dovendosi

---

Ma reputo che nel diritto patrio gl'incapaci debbano trovarsi nella stessa condizione dei capaci, riguardo agli effetti della gestione d'affari da altri tenuta; perciocchè essi, tenuti nei limiti che mi sembrano indicati dai due principî ricordati, sono raccomandati da ragioni di giustizia e di equità, di un valore assoluto, che non debbono perciò piegarsi di fronte a posizioni privilegiate, per quanto rispettabilissime sotto ogni riguardo.

[1] Consulta Leg. 6, § 9; Leg. 9 e 39, D. de negot. gestis; Leg. 14, D. de cond. caus. dat. XII, 4; Leg. 80, § 5, de furt. XLVII, 2; Leg. 60, D. de reg. jur. L, 17; Leg. 9, C. de neg. gest.; Leg. 3, C. de rei vindicat. III, 32; consulta pure Maynz, II, § 356 testo, vers. *La ratification*, e nota 9; De Crescenzio, Sistema del diritto civile romano, IV, § 384, pag. 496 e 497, e i molti che cita.

[2] Leg. 6 princ. D. de neg. gest.

[3] Leg. 3, § ult.; Leg. 4, 21, § 3; Leg. 28, 46, § 1, D. de neg. gest.; Leg. 53, D. mand. XVII, 1; Leg. 14, C. eod.

[4] Leg. 3, § 5 e 6, D. de neg. gest.; Leg. 46, D. de obl. et action.; Aubry e Rau, III, 527; Precerutti, II, 729.

presumere che l'abbia fatta per liberalità; ammenochè provi che il divieto fu stolto, irragionevole o cagionato da ignoranza o errore; o che egli ebbe legittimo interesse ad assumere quegli affari, e che li assunse senza intenzione di fare atto di liberalità.

78. La gestione d'affari genera eziandio fra l'interessato e il gestore de'negozi da una parte, e i terzi dall'altra i medesimi rapporti che il mandato stabilisce fra il mandante e il mandatario da una parte e i terzi dall'altra. Ma l'interessato non è obbligato verso i terzi che in quanto sia obbligato verso il gestore, cioè in quanto l'affare sia stato trattato utilmente, e nel suo interesse; o egli abbia ratificato gli atti del gestore (art. e arg. art. 1144).[1] Viceversa è tenuto in ogni caso verso i terzi coll'*actio de in rem verso*.

79. Come si disse, il secondo quasi-contratto risulta dal fatto del pagamento e ricevimento dell'indebito. In senso generico v'ha pagamento d'indebito tanto se alcuno paga per errore ciò che non deve, quanto se paga ciò che non deve per mancanza, falsità o illecitudine della causa.[2] In ogni caso quegli che ha ciò ricevuto è tenuto a restituirlo in base alla massima: che a niuno è lecito di arricchirsi ingiustamente col danno altrui[3].

80. Pertanto in primo luogo se alcuno abbia fatto un pagamento, credendo per errore di doverlo, mentre in verità non vi era tenuto, ha diritto a ripetere la cosa pagata dal ricevente.

Perchè si formi questo quasi-contratto si richieggono tre condizioni. Perciocchè in primo luogo è necessario che abbia avuto luogo un pagamento; ma è indifferente che consista o nella dazione di una cosa o nella prestazione di un fatto; inquantochè se questo sia in denaro, può ripetersene il valore da quello cui fu prestato.[4] In verun caso poi il pagamento è indebito, per

[1] Consulta Leg. 31 princ. de negotiis gestis; Maynz, § 356, pag. 41 in fine testo e nota 26; Marcadé, art. 1376, II.

[2] Vedi Inst. § 6, de obl. quae quasi ex contr. III, 28. — Importa grandemente di tener distinte le due ipotesi, perciocchè nella seconda si fa luogo alla ripetizione di ciò che si è pagato, sebbene non siavi stato errore.

[3] Leg. 14, D. de condict. indeb.

[4] Vedi Leg. 22, § 1; Leg. 26, § 1; Leg. 31, 39 e 40, § 2, D. de condict. indebiti, XII, 6.

quanto concerne gli effetti di questo quasi-contratto, se non è fatto a persona capace di riceverlo: questa allora sarà tenuta coll'azione *de in rem verso* o coll'azione *ex delicto vel ex quasi delicto.*

Si richiede in secondo luogo che il pagamento non fosse dovuto. Un pagamento può non esser dovuto sotto molti aspetti. Perciocchè primieramente il debito può non essere esistito mai; esser senza causa o avere una causa falsa o illecita; derivare da un titolo annullabile, rescindibile, risolubile e rivocabile, e aver contro di sè un'eccezione perentoria atta a distruggerlo non solo civilmente ma anche naturalmente; per esempio se il preteso debitore avesse adempiuto un'obbligazione infetta del vizio di dolo che non era stato scoperto nel tempo del pagamento, o pagato un debito già soddisfatto a sua insaputa o dal suo autore o da un terzo. [1] Al contrario non reputasi non dovuto il pagamento fatto volontariamente in esecuzione di un'obbligazione naturale, perchè il debito veramente esiste, sebbene non si sarebbe potuto dimandare giudizialmente la esecuzione di essa; quindi non è indebito il pagamento fatto in esecuzione di una obbligazione annullabile per incapacità della persona che la contrasse, o prescritta; nè a questa giovrebbe addurre che pagò credendosi obbligata civilmente (art. 1237). [2] Anzi può considerarsi come non indebito il pagamento fatto per soddisfare doveri morali. [3] Tuttavia se il pagamento fosse stato fatto per violenza o per dolo o per errore caduto sulla origine e causa del debito, deve considerarsi come non dovuto; come se, per esempio, un erede paghi un biglietto all'ordine firmato dal suo autore per preteso denaro prestato, ignorando che in fatto ha per oggetto un debito di giuoco. [4]

---

[1] Consulta Leg. 26, § 3, D. condict. indebiti, XII, 6; Leg. 66, D. de reg. iuris, L, 17; Larombière, V, art. 1376, n. 5-13; Aubry e Rau, IV, § 442, pag. 729 e 732; Precerutti, II, 736.

[2] Leg. 28 e 32, § 2, D. de cond. indebiti; Precerutti, loc. cit.

[3] Vedi sopra n. 4; Toullier, XI, 89; Larombière, V, art. 1376, n. 21; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 729.

[4] Aubry e Rau, loc. cit.

presumere che l'abbia fatta per liberalità; ammenochè provi che il divieto fu stolto, irragionevole o cagionato da ignoranza o errore; o che egli ebbe legittimo interesse ad assumere quegli affari, e che li assunse senza intenzione di fare atto di liberalità.

78. La gestione d'affari genera eziandio fra l'interessato e il gestore de'negozi da una parte, e i terzi dall'altra i medesimi rapporti che il mandato stabilisce fra il mandante e il mandatario da una parte e i terzi dall'altra. Ma l'interessato non è obbligato verso i terzi che in quanto sia obbligato verso il gestore, cioè in quanto l'affare sia stato trattato utilmente, e nel suo interesse; o egli abbia ratificato gli atti del gestore (art. e arg. art. 1144).[1] Viceversa è tenuto in ogni caso verso i terzi coll'*actio de in rem verso*.

79. Come si disse, il secondo quasi-contratto risulta dal fatto del pagamento e ricevimento dell'indebito. In senso generico v'ha pagamento d'indebito tanto se alcuno paga per errore ciò che non deve, quanto se paga ciò che non deve per mancanza, falsità o illecitudine della causa.[2] In ogni caso quegli che ha ciò ricevuto è tenuto a restituirlo in base alla massima; che a niuno è lecito di arricchirsi ingiustamente col danno altrui[3].

80. Pertanto in primo luogo se alcuno abbia fatto un pagamento, credendo per errore di doverlo, mentre in verità non vi era tenuto, ha diritto a ripetere la cosa pagata dal ricevente.

Perchè si formi questo quasi-contratto si richieggono tre condizioni. Perciocchè in primo luogo è necessario che abbia avuto luogo un pagamento; ma è indifferente che consista o nella dazione di una cosa o nella prestazione di un fatto; inquantochè se questo sia in denaro, può ripetersene il valore da quello cui fu prestato.[4] In verun caso poi il pagamento è indebito, per

---

[1] Consulta Leg. 31 princ. de negotiis gestis; Maynz, § 356, pag. 41 in fine testo e nota 26; Marcadé, art. 1376, II.

[2] Vedi Inst. § 6, de obl. quae quasi ex contr. III, 28. — Importa grandemente di tener distinte le due ipotesi, perciocchè nella seconda si fa luogo alla ripetizione di ciò che si è pagato, sebbene non siavi stato errore.

[3] Leg. 14, D. de condict. indeb.

[4] Vedi Leg. 22, § 1; Leg. 26, § 1; Leg. 31, 39 e 40, § 2, D. de condict. indebiti, XII, 6.

quanto concerne gli effetti di questo quasi-contratto, se non è fatto a persona capace di riceverlo: questa allora sarà tenuta coll' azione *de in rem verso* o coll' azione *ex delicto vel ex quasi delicto*.

Si richiede in secondo luogo che il pagamento non fosse dovuto. Un pagamento può non esser dovuto sotto molti aspetti. Perciocchè primieramente il debito può non essere esistito mai; esser senza causa o avere una causa falsa o illecita; derivare da un titolo annullabile, rescindibile, risolubile e rivocabile, e aver contro di sè un' eccezione perentoria atta a distruggerlo non solo civilmente ma anche naturalmente; per esempio se il preteso debitore avesse adempiuto un' obbligazione infetta del vizio di dolo che non era stato scoperto nel tempo del pagamento, o pagato un debito già soddisfatto a sua insaputa o dal suo autore o da un terzo. [1] Al contrario non reputasi non dovuto il pagamento fatto volontariamente in esecuzione di un'obbligazione naturale, perchè il debito veramente esiste, sebbene non si sarebbe potuto dimandare giudizialmente la esecuzione di essa; quindi non è indebito il pagamento fatto in esecuzione di una obbligazione annullabile per incapacità della persona che la contrasse, o prescritta; nè a questa gioverebbe addurre che pagò credendosi obbligata civilmente (art. 1237). [2] Anzi può considerarsi come non indebito il pagamento fatto per soddisfare doveri morali. [3] Tuttavia se il pagamento fosse stato fatto per violenza o per dolo o per errore caduto sulla origine e causa del debito, deve considerarsi come non dovuto; come se, per esempio, un erede paghi un biglietto all' ordine firmato dal suo autore per preteso denaro prestato, ignorando che in fatto ha per oggetto un debito di giuoco. [4]

---

[1] Consulta Leg. 26, § 3, D. condict. indebiti, XII, 6; Leg. 66, D. de reg. iuris, L, 17; Larombière, V, art. 1376, n. 5-13; Aubry e Rau, IV, § 442, pag. 729 e 732; Precerutti, II, 736.

[2] Leg. 28 e 32, § 2, D. de cond. indebiti; Precerutti, loc. cit.

[3] Vedi sopra n. 4; Toullier, XI, 89; Larombière, V, art. 1376, n. 21; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 729.

[4] Aubry e Rau, loc. cit.

Si considera pure come non dovuto il pagamento di un debito fatto ad una persona diversa dal creditore che per errore fu ritenuto tale; [1] salva la disposizione dell'articolo 1242. È parimente indebito il pagamento di una cosa diversa da quella dovuta, e del più del dovuto; [2] il pagamento di una cosa dovuta come alternativamente e pagata per errore come determinata; [3] il pagamento di un debito sospeso da una condizione, eseguito pendente questa; ammenochè fosse certo nel tempo in cui fu fatto, che la condizione si sarebbe verificata; ma non di un debito a termine, pagato prima della scadenza di questo, ancorchè il debitore ignorasse il termine (art. 1174). [4] Quanto al pagamento di un debito soggetto ad una condizione risolutiva, e soddisfatto in pendenza di questa, potrà essere ripetuto colla *conditio sine causa,* se la condizione medesima venga a mancare; sebbene fatto con cognizione di causa. [5] Finalmente indovuto è il pagamento di un debito altrui che per errore si credè proprio: se il debito era proprio soltanto in parte, v'ha pagamento indebito per l'eccedente (art. 1146). [6] Ma se alcuno dopo aver pagato a legittimi creditori ciò che veramente dovea, venga costretto a fare un secondo pagamento, non si ha per indebitamente fatto il primo. [7] Non si ha neppure per indebito il pagamento fatto per conto del debitore; con o senza surrogazione; [8] nè il pagamento del prezzo della delegazione fatto da

---

[1] Leg. 26, § 11; Leg. 65, § ult. D. de cond. ind. XII, 6; Leg. 8, C. de cond. ind. IV, 5; Toullier, XI, 824; Larombière, V, art. 1376, n. 4; Aubry e Rau, IV, § 442, pag. 727.

[2] Leg. 19, § 3; Leg. 42, § 3, D. de cond. indeb.; Leg. 1, C. eod.; Larombière, V, art. 1376, n. 13.

[3] Leg. 16 princ. § 1; Leg. 18 in fine; Leg. 32, D. de condict. indebiti; Marcadé, art. 1376-1377, III; Precerutti, II, loc. cit.

[4] Leg. 10, 16, § 1; Leg. 17 e 18, D. de cond. indebiti.

[5] Larombière, V, art. 1376, n. 12; vedi numero seguente.

[6] Leg. 31, D. de cond. indebiti.

[7] Leg. 44 cong. Leg. 19, § 1, D. eod. tit.

[8] Consulta Leg. 44, D. de cond. ind. XII, 6; Toullier, XI, 83, 84; Duranton, XIII, 684; Larombière, V, art. 1377, n. 7; Aubry e Rau, IV, § 442, pag. 733 e 734.

un debitore delegato al delegatario nella falsa opinione che fosse tenuto verso il delegante. [1] Infine non può considerarsi come non dovuto il pagamento fatto da una pubblica amministrazione per ordine della suprema autorità, che riconobbe doversi da quella. [2]

Infine si richiede che il pagamento sia stato fatto per errore, cioè nella erronea opinione di eseguire una obbligazione (arg. art. 1146). [3] Chi ha pagato scientemente l'indebito, si presume che abbia voluto donare, semprechè ne avesse la capacità: [4] nè gli gioverebbe di allegare l'errore sulla causa della sua liberalità. [5] Più ancora: chi scientemente pagò l'indebito, non ha diritto a ripetizione; benchè abbia ciò fatto senza spirito di liberalità; anzi colla intenzione di ripeterlo; non dovendo permettersi che alcuno si prenda giuoco della giustizia, pagando una cosa al solo scopo di ripeterla. [6] Ma non può presumersi che abbia voluto donare quegli che pagò nel dubbio di dovere e l'espresse. [7] Del resto nulla rileva che alcuno abbia pagato per errore di fatto o per errore di diritto; semprechè da una parte l'errore di diritto sia stato la causa unica o principale

---

[1] Leg. 12, D. de nov. et deleg. XLVI, 2; Merlin, Rép. v° Délégation, n. 3; Toullier, VII, 291; Aubry e Rau, IV, § 324, pag. 12 testo e nota 8, e § 442, pag. 735 testo e nota 27.

[2] C. C. Napoli, 30 aprile 1868, B. XX, 1, 417.

[3] Leg. 1, 26, § 3; Leg. 50 e 62, D. de cond. ind.; Leg. 1, C. eod.; Toullier, XI, 60 e 61; Aubry e Rau, IV, § 442, pag. 728 testo e nota 3; Larombière, V, art. 1376, n. 2 e 26; Mourlon, II, 1674; Precerutti, II, 737; Doveri, II, § 492, p. 337, nota 1.

[4] Leg. 17, 26, § 8; Leg. 29 e 62, D. de cond. indeb.; Leg. 53, D. de reg. iuris.

[5] Leg. 65, § 2, D. de cond. indeb.

[6] Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest (Leg. 50, D. de cond. indeb. XII, 6; Larombière, V, art. 1376, n. 26; Aubry e Rau, IV, § 442, pag. 728 testo e nota 4).

[7] Leg. 56, D. de cond. indeb.; Leg. 11, C. eod. — La Corte di Cassazione di Torino con sentenza del 22 luglio 1871 (A. V, 1, 239), decise che non compete la *condictio indebiti* a colui che, tratto in errore dall'apparente sua accettazione, ha pagato al possessore di buona fede il valore di un titolo cambiario, nel quale la propria accettazione sia stata falsificata.

del pagamento (art. e arg. art. 1109) e dall'altra la cosa non fosse dovuta neppure per obbligazione naturale (arg. art. 1146). [1]

Spetta all'attore di provare, giusta i principî generali di diritto, il concorso di queste tre condizioni. [2] Ma se il convenuto neghi il pagamento, e quegli riesca a provare di averlo fatto; allora incombe al convenuto medesimo di provare che il debito sussisteva in realtà, o che l'attore gli pagò scientemente l'indebito; perciocchè egli dichiarando di non aver ricevuto dall'attore la tale o tal altra cosa, si obbliga tacitamente a non contestargliene il possesso, ove sia provato contro di lui che l'aveva in realtà ricevuta. [3]

81. L'indebito si ripete con l'azione personale d'indebito (*condictio indebiti*). [4]

Essa spetta a chi pagò l'indebito e ai suoi eredi. Se alcuno abbia pagato l'indebito, come mandatario o rappresentante legale, l'azione spetta al mandante o al rappresentato; [5] se però lo abbia pagato senza tale qualità, e quegli per cui pagò non ratifichi il pagamento, lo ripete, non come indebito, ma come pagato senza causa (*condictio sine causa*). [6] Ma nel caso che il pagamento sia stato fatto per conto del debitore, non si fa luogo a ripetizione verso il creditore; benchè quegli che pagò

---

[1] Fra gl'interpreti del diritto romano la questione è vivamente agitata (Consulta Van Wetter, II, § 270, pag. 104; e i moltissimi che cita nelle note 5-7). Ma in diritto italiano non ci sembra che possa esser seria, attesochè non v'è fatta distinzione, almeno in questa materia, fra l'errore di fatto e quello di diritto (Consulta Merlin, Rép. v° Ignorance, § 1, n. 7; Toullier, XI, 63; Duranton, X, 127 e 128; Aubry e Rau, IV, § 442, pag. 729 testo e nota 5; Larombière, V, art. 1376, n. 32; Marcadé, art. 1376 e 1377, II).

[2] Consulta Leg. 25 princ. D. de probat. XXII, 3, versic. *sin vero...*

[3] Leg. 25 cit. princ. versic. *Quum de indebito..... ab adversario exigere;* Toullier, XI, 64; Duranton, XII, 12; Mourlon, II, 1616-1619; Larombière, V, art. 1376, n. 28; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 731 testo e nota 12.

[4] Vedi Leg. 12 e 19, § 1, D. de condict. indeb.

[5] Leg. 5, 6 e 46, D. de cond. indeb.; Leg. 6, C. eod.

[6] Leg. 6, 7 e 67, § 1, D. de condict. indeb.

non riesca a farsi rimborsare dal vero debitore.[1] La stessa decisione è applicabile al caso del pagamento fatto da un debitore delegato nelle condizioni or ora ricordate.[2]

Appartiene pure a colui che pagò un debito realmente esistente, ma che gravava sopra un'altra persona (arg. *a contr.* art. 1146 alinea). Questa regola però è soggetta ad eccezioni nel caso in cui il creditore in conseguenza del pagamento si è privato in buona fede del titolo e delle cautele relative al credito: in tal caso egli può ritenere la cosa pagatagli, quasi ad indennità del pregiudizio che potrebbe cagionargli l'essersi privato del titolo e delle cautele per effetto dell'errore e forse anco della frode di colui che indebitamente gliela pagò (art. 1146 alinea). Questa disposizione è applicabile anche al caso in cui il creditore abbia lasciato prescrivere il suo credito contro il vero debitore. Ma quegli che pagò il debito, ha il regresso contro il vero debitore (art. e alinea cit.). Il regresso è esercibile contro il vero debitore coll'azione che competeva al creditore e non coll'azione *negotiorum gestorum.*[3] Le cautele sono definitivamente liberate (arg. art. 1929).[4]

Quest'azione si sperimenta contro chi ricevè l'indebito e contro i suoi eredi; ma se lo ricevette un mandatario o un rappresentante deve sperimentarsi contro il mandante o il rappresentato. È del resto indifferente che lo abbia ricevuto scientemente o per errore e perciò con mala o con buona fede (art. 1145).[5]

Scopo di quest'azione è di ottenere l'adempimento della obbligazione che grava sopra colui che ricevè l'indebito, di farne la restituzione.

Gli effetti di questa obbligazione variano secondo la natura della cosa indebitamente ricevuta e della buona o della mala fede del ricevente. Perciocchè, se trattisi di somme o di cose

---

[1] [2] Vedi numero precedente versic. *In secondo luogo* in fine.
[3] Valette citato da Mourlon; Mourlon, II, 1680 in nota.
[4] Mourlon, II, 1680 in nota.
[5] Vedi numero seguente.

che si determinano a peso, numero o misura, deve il ricevente restituire le identiche cose, se ancora esistono e le possiede; o l'altrettanto in denaro o in natura dello stesso genere e qualità (art. 1147).[1] Nulla rileva rispetto all'obbietto, che egli fosse di mala o di buona fede; ma nel primo caso deve restituire eziandio gl'interessi e i frutti dal giorno in cui ricevè il pagamento dell'indebito (art. 1147); nel secondo caso al contrario fa suoi i frutti, essendo considerato non solo come debitore, ma anche come possessore di buona fede;[2] dovrà però sempre restituir quelli percepiti dopo la dimanda di restituzione: questa decisione è applicabile specialmente al caso in cui il pagamento sia stato fatto in seguito di sentenza, poscia cassata.[3]

Quando poi trattisi di una cosa immobile o di cosa mobile determinata individualmente, quegli che l'ha indebitamente ricevuta, se la possiede ancora, deve restituirla in natura con gli accessori e gli accrescimenti. Anche in questo luogo è indifferente riguardo all'oggetto, che il ricevente fosse di buona o di mala fede. Ma rispetto ad altri capi la distinzione è importantissima, perciocchè se fu di buona fede, non deve restituire i frutti; non risponde delle deteriorazioni e del perimento della cosa che sino alla concorrenza di ciò ch'è stato rivolto in suo profitto (art. 1148 in fine); da ultimo se ha venduto la cosa, non è tenuto che a restituire il prezzo ricavato dalla vendita od a cedere l'azione per conseguirlo, qualunque esso sia superiore, eguale o inferiore al valore della cosa (art. 1119). Se al contrario fu di mala fede, deve restituire tutti i frutti che ha percepito o che poteva percepire, dal giorno in cui ricevè il pagamento dell'indebito. Secondariamente è responsabile non solo delle deteriorazioni o della perdita cagionata da sua colpa, ma anche di quelle avvenute per caso fortuito;[4] attalchè deve

---

[1] Vedi Instit. § 6, de obl. quae quasi ex contr.; Leg. 7, D. de cond. indeb.; Leg. 1, C. eod.

[2] Consulta Marcadé, art. 1378-1380, I.

[3] Brescia, 24 maggio 1871, A. V, 2, 646.

[4] Consulta C. C. Firenze, 23 novembre 1871, A. V, 1, 380.

al proprietario per le prime l'indennità e per la seconda il valore reale (art. 1279). Tuttavia del caso fortuito non risponde, se provi che la cosa si sarebbe egualmente deteriorata o sarebbe egualmente perita presso il proprietario (arg. art. 1298).[1] Quanto alle deteriorazioni e alla perdita della cosa, non deve distinguersi, se il ricevente fu in mala fede sin dal principio o lo era divenuto nel momento della deteriorazione o della perdita della cosa. Ma riguardo ai frutti, egli da principio fu in buona fede; deve restituire soltanto quelli che gli siano pervenuti dopo la domanda giudiziale (art. 703).[2] Per ultimo, se ha venduto la cosa, deve restituire al proprietario il prezzo che ne ha ricevuto, quand'anche superiore al valore della cosa; ma ove siane inferiore, deve pagare il giusto valore di essa.

Ma nel caso che l'immobile sia stato alienato da colui che lo aveva indebitamente ricevuto, il proprietario può anche rivendicarlo contro il terzo acquirente, quand'anche questi l'abbia acquistato a titolo oneroso, e l'alienante lo abbia ricevuto ed alienato in buona fede. In questa ultima ipotesi però il proprietario deve tenere indenne l'alienante medesimo di quanto più del prezzo ricevuto deve prestare all'acquirente per ragione dell'evizione (arg. art. 1149).[3]

Colui al quale è restituita la cosa mobile od immobile deve rimborsare anche il possessore di mala fede delle spese fatte per la conservazione della cosa e delle utili, a norma dell'articolo 705 (art. 1150).

Quanto alle spese voluttuarie, deve soltanto tollerare che siano tolte, se si può, con qualche utile di chi le fece e senza detrimento della cosa (arg. art. 495).[4]

---

[1] Duranton, XIII, 693; Mourlon, II, 1682 e seg.; Precerutti, II, 738, pag. 209, nota 3.

[2] Toullier, XI, 94 e 102; Delvincourt, III, 682, nota 14; Mourlon, II, 1684 e 1685; Marcadé, art. 1378-1380, I.

[3] Duranton, XIII, 683; Mourlon, II, 1686-1688; Marcadé, art. 1378-1380, III.

[4] Vedi il mio Trattato della distinzione dei beni, della proprietà, dell'usufrutto, n. 460 e seg.; Marcadé, 1381, III; *contro* Mourlon, II, 1688, che vorrebbe ne fosse rimborsato il possessore che fu di buona fede, non dovendo

Chi poi prestò indebitamente dei servigi, ha diritto di conseguire la mercede. Chi indebitamente si accollò un debito, è in diritto di domandarne la liberazione. Infine chi ha indebitamente rinunziato ad un suo credito, può dimandare l'annullamento della rinunzia.

È appena da notarsi che la *condictio indebiti* non è soggetta che alla prescrizione trentennale.

82. In secondo luogo, se alcuno abbia fatto un pagamento senza causa o per una causa illecita, cioè contraria alla legge, ai buoni costumi e all'ordine pubblico, egli ha diritto alla ripetizione, sebbene abbia fatto il pagamento scientemente, e nella intenzione di soddisfare ad una obbligazione naturale o ad un dovere morale. [1] Importa di svolgere ed applicare questo principio nelle diverse ipotesi enunciate.

Pertanto si fa luogo a ripetizione per mancanza di causa, quando il pagamento sia stato fatto *a)* per una causa futura che non potrà esistere per un impedimento legale; come se avessi costituito una dote a Tullia in considerazione del suo matrimonio con Caio, che per impedimento dirimente non può essere celebrato; *b)* per una causa che legalmente non esiste come se ti avessi pagato un legato in forza di un testamento che dipoi si discopre rivocato; [2] *c)* per una causa che viene ad estinguersi; come se ti avessi pagato il valore di una cosa che non ho potuto restituirti in natura e che tu in appresso ricuperi. [3]

Analogo alle ipotesi esposte è il pagamento fatto in vista di una causa futura, che potrebbe esistere, ma che in effetto viene a mancare *(causa data, causa non secuta)*; potrò quindi

---

subirne la perdita per effetto dell'errore di colui che gli pagò l'indebito: ma anche egli non ricevè per errore? La condizione è adunque eguale: nel resto la ragione delle irripetibilità di tali spese è nella loro natura.

[1] Leg. 22, § 1; Leg. 26, § 11; Leg. 40, § 2, D. de cond. indeb.; Leg. 3, C. eod. tit.

[2] Leg. 29 e 41, D. de cond. indeb. XII, 6; Leg. 5, D. de condict. sine causa, XII, 7; Leg. 32, D. de reb. cred. XII, 1.

[3] Leg. 1, § 2 e 3; Leg. 4 e 5, D. de cond. sine causa.

esempligrazia, ripetere il prezzo pagato ad un pittore per un quadro che poscia egli si ricusa di dipingere. [1]

Quanto al pagamento fatto per una causa illecita, cioè contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico (art. 1122); potrà essere ripetuto da chi lo fece, se la causa sia illecita soltanto da parte di colui che lo riceve; potrei quindi esempligrazia, ripetere la somma pagata ai giurati, perchè pronunzino un verdetto di assoluzione a favore di un innocente, o di condanna contro un reo; o la somma pagata ad una persona qualunque, perchè non commetta un delitto o un'azione immorale, o adempia un suo dovere. [2] Ma se invece illecita e immorale è la causa per lui solamente o per entrambi, non può dimandare la restituzione di ciò che ha pagato; perciocchè da una parte essendo egli stesso colpevole e invocando la propria turpitudine, non merita la protezione della legge; dall'altra parte si favorirebbero direttamente le convenzioni illecite ed immorali, accordando a lui la ripetizione d'indebito. Quindi non potrei ripetere la somma pagata ad un alto funzionario, per essere nominato ad un impiego, nè la quota messa in una società di contrabbando; nè ciò che avessi dato ad alcuno perchè non prenda parte agl'incanti; o perchè commetta un delitto, un'azione immorale, o manchi ad un suo dovere. [3]

La ripetizione dei pagamenti fatti senza causa o per cause illecite ed immorali è governata dalle stesse regole che gover-

---

[1] Consulta Dig. Tit. de condict. causa data, causa non secuta, XII, 4; Cod. Tit. de condict. ob. caus. dator. IV, 6. Importa però di tener presente il principio del diritto patrio; cioè che la proprietà e ogni altro diritto si trasferisce per effetto del solo consenso.

[2] Leg. 1 princ. in fine e § 2; Leg. 64, § 2, D. de condict. ob turp. vel inius. causam, XII, 5; Leg. 4, C. de cond. ob tur. caus. IV, 7; consulta Merlin, Rép. v° Cause des obl. § 1 e 2; e Questions, ivi; Delvincourt, II, par. 2, pag. 473; Toullier, VI, 126; Duranton, X, 376.

[3] Leg. 1 princ.; Leg. 4 princ. e § 1, de cond. ob tur. vel inius. causam; Leg. 1 cit. princ.; Leg. 2, § 2; Leg. 3, Leg. 4 cit. princ. e § 1; Leg. 8, D. eod.; Leg. 2 e 5, C. eod.; consulta gli autori citati nella nota precedente.

nano la ripetizione dell'indebito propriamente detto; così gl'interessi delle somme ricevute in mala fede sono dovuti dal giorno del pagamento e non della dimanda.

Anco in queste ipotesi e con maggior ragione l'azione di ripetizione può esercitarsi per trent'anni. [1]

SEZIONE III.

DEI DELITTI E DEI QUASI-DELITTI [2]

SOMMARIO

83. In terzo ed ultimo luogo causa di obbligazione è come si diceva, il fatto illecito dell'uomo, che è delitto o quasi-delitto.

---

[1] Consulta C. C. Napoli, 21 aprile 1868, B. XX, 1, 400.

[2] Quanto son per dire sulla natura dei delitti e sul carattere che li distingue dai quasi-delitti, differisce sotto alcuni rapporti dai principî del diritto romano. Ma sono conformi alle idee ricevute nell'antico diritto francese seguito dai compilatori del Codice napoleonico e del Codice patrio (Consulta, Pothier, Des obligations, n. 116-121; Treilhard, Exposé de motifs, e Bertrand de Greuille, Rapport au Tribunat; Locré, lég. XIII, p. 31, n. 9; p. 41, n. 9; Toullier, XI, 113; Proudhon, op. cit. III, 1482; Duranton, XIII, 699; Aubry e Rau, III, 541, not. 7; Marcadé, tom. V, p. 263, Des délits et des quasi-délits). Tuttavia il prof. Doveri (II, p. 302, not. 1) concepisce in questo modo i delitti e i quasi-delitti: « Ogni delinquente, egli dice, contrae due obbligazioni: soffrire la *pena*, risarcire il *danno*: onde hanno origine due azioni; *penale* l'una,

In diritto civile chiamasi delitto qualunque fatto illecito, volontario e doloso con cui una persona arreca danno ad un'altra; mentre in diritto penale è ogni infrazione definita e punita dalla legge penale, e che anco in questo luogo chiamerò reato.

---

civile l'altra. Il Codice civile nostro non si occupa naturalmente che dell'obbligazione civile di risarcire il danno. La nozione del delitto pel Codice civile è più estesa che per la legislazione penale: infatti pel Codice civile delitto è *qualunque fatto illecito* ed imputabile dell'uomo (*fatto doloso* o *colposo, positivo* o *negativo*) che arreca danno ad altri, e che obbliga l'autore del medesimo a risarcire il danno. — Tal nozione la desumiamo dai due articoli 1151 e 1152, dei quali, vuolsi confessarlo, non è molto felice la redazione. Infatti l'articolo 1151 dispone: *qualunque fatto* dell'uomo che arreca *danno* ad altri, obbliga quello *per colpa del quale è avvenuto* a risarcire il danno. Il legislatore omette di dichiarare che il fatto deve essere *illecito,* cioè proibito dalla legge perchè viola l'altrui diritto: adopera poi la locuzione: *per colpa del quale è avvenuto,* per indicare che deve essere *imputabile* al suo autore, imputabile o a dolo o a colpa; onde la voce colpa è adoperata dal legislatore nostro nel senso più lato della parola, nel quale comprende tanto la malvagia volontà (*dolus*), quanto l'imprudenza o imprevidenza (*culpa*). In sostanza peraltro il legislatore ha voluto significare che non commette delitto *qui iure suo utitur* e che chi reca *imputabilmente* danno ad altri deve risarcirlo, ed è reo di delitto *civile.* — L'articolo 1152 aggiunge: ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un *fatto proprio,* ma ancora per propria *negligenza* o *imprudenza.* Il contrapposto del *fatto proprio* è il *fatto altrui;* il contrapposto della *negligenza* o *imprudenza* (ossia della *culpa*) è il *dolo:* dunque l'articolo 1152 si esprime inesattamente quando contrappone il *fatto proprio* alla *negligenza* od all'*imprudenza.* Noi crediamo peraltro che il legislatore, sebbene esprimendosi malamente, abbia inteso di significare, che si è imputabile di delitto non solo per un *fatto positivo,* commissione (che il legislatore impropriamente chiama *fatto proprio*) ma ancora per un fatto negativo, omissione (che il legislatore inesattamente indica parlando di *negligenza,* d'*imprudenza,* ossia di colpa); mentre è evidente che tanto il dolo quanto la colpa possono manifestarsi sì per omissione di fare ciò che si doveva e poteva, come per commissioni. E passando poi ai quasi-delitti (p. 343, not. 1) dice: l'idea giuridica dei *quasi-delitti* che emerge dal Codice civile italiano si avvicina assai a quella, che nel testo alle presenti note, abbiamo veduto emergere dalle leggi romane. — Stando al Codice nostro (che copia in questo, come in moltissime altre parti il francese) ci pare che i quasi-delitti possano essere definiti: come fatti dannosi dai quali sorge una responsabilità civile per la persona che *non li ha commessi,* derivante dal non averli impediti, mentre poteva e doveva impedirli. Ed invero l'articolo 1153

I delitti civili non sono tutti reati; perocchè la legge penale non definisce per reati tutti gli atti che ledono i diritti altrui; per esempio lo stellionato non è reato, ma può ben essere un delitto civile (art. e arg. art. 2094). Viceversa i reati

---

dispone: che ciascuno è obbligato non solo pel danno che cagiona per *fatto proprio* (*delitto*), ma ancora per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia (*quasi-delitto*). Questa disposizione si giustifica di fronte alla ragione naturale, riflettendo che è in *culpa* chi non impedì i fatti dannosi che poteva e doveva impedire: quali sono i danni arrecati dai suoi dipendenti, o dalle cose che ha in custodia. — E nel testo, dopo definito il quasi-delitto, secondo il concetto romano, conclude che — a torto i quasi-delitti furono definiti, come fatti illeciti commessi senza dolo, ma per colpa, cioè per imprevidenza, imprudenza od ignoranza (Pothier, Oblig. n. 117 e 119). — Ho riferito questi suoi passi, perchè resti giustificato l'aver io seguito il sistema francese anzi che il romano, per quanto ingegnosamente l'egregio professore abbia voluto adattare l'italiano al romano. Al certo la redazione degli articoli 1151 e 1152, che sono la copia degli articoli 1382 e 1383 del Codice napoleonico non è felice. Ma quel profondo e sicuro critico che fu il compianto Marcadé, dopo spiegato il senso lato della voce *colpa* usata nel primo articolo, prosegue dicendo: L'article 1382, une fois expliqué comme il vient de l'être, on ne voit guère ce que vient faire à côté de lui l'article 1383. Quelques jurisconsultes l'ont entendu comme s'occupant exclusivement du fait accompli sans intention mauvaise, c'est-à-dire du quasi-délit, l'article 1382 devenant ainsi spécial au fait accompli avec l'intention de nuire, avec la faute par excellence, c'est-à-dire le dol, et constituant ainsi le délit. Mais cette interprétation est inadmissible, puisque l'article 1382, au lieu d'opposer l'imprudence à la faute (ce qui donnerait, en effet, à ce dernier mot le sens de faute lourde, de dol), l'oppose tout simplement au fait. L'article ne dit pas: « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement *par sa faute* » mais bien « non seulement *par son fait* » ce qui comprend aussi bien l'acte commis sans intention de nuire que l'acte commis avec cette intention. Il paraît donc probable qu'on a voulu opposer *le fait* proprement dit *à l'omission*, en appliquant l'article 1382 aux délits et quasi-délits consistant en un fait négatif, en une simple abstention. Mais, outre que l'opposition du fait à l'imprudence n'est pas exacte, puisqu'il peut y avoir simple imprudence aussi bien dans un fait de commission que dans une omission (c'est ce qui a lieu notamment dans l'homicide par imprudence) l'article 1384 donne évidemment au mot *fait* le sens large que nous lui avons attribué, et on ne voit pas pourquoi ce mot aurait, dans l'article 1382, une autre signification que dans l'article 1384. Le mieux est donc de ne tenir aucun compte de cet article 1383,

non sono tutti delitti civili; invero per la legge penale sono reati alcuni atti che attentano ai diritti altrui senza lederli e cagionar danno, come i tentativi dei crimini e di certi delitti, e molte contravvenzioni, e alcuni atti scevri da ogni intenzione di nuocere, come l'omicidio commesso per imprudenza.

Le disposizioni della legge penale concernenti l'azione per il risarcimento de'danni cagionati da reati non si applicano ai delitti civili, i quali non sono al tempo stesso reati; se non in quanto il loro motivo ne giustifica l'estensione. [1]

84. Può costituire delitto civile tanto il fatto negativo o di omissione, quanto il fatto positivo o di commissione; ma chi per omissione arreca danno ad altri, non ne risponde, se la legge non gl'imponeva l'obbligo di compiere il fatto omesso. [2]

Perchè il fatto dell'uomo costituisca delitto civile si richiedono quattro condizioni. Perciocchè è necessario in primo luogo

---

qui n'ajoute rien à l'article 1382, entendu comme il doit l'être (art. 1382, 1383, III). I signori Aubry e Rau (IV, § 318, pag. 157, nota 4) alla loro volta osservano: « Les dispositions de l'article 1245 ne sont que des conséquences et des applications des principes posés aux articles 1136, 1137 et 1302; d'après lesquels elles doivent être interprétées. Ainsi, lorsque l'article 1245 emploie cumulativement les espressions *fait et faute*, ce n'est pas pour indiquer que le débiteur est tout aussi bien responsable des fauts par omission que de celles par commission: dans l'article 1245, comme dans l'article 1383, le mot *fait* est employé pour désigner une faute par commission. » I medesimi (IV, § 444, pag. 748, nota 9), dopo esposte le nozioni generali sui delitti, e indicato gli elementi di questi e ciò che li differenzia dai quasi-delitti osservano, che le spiegazioni date sur la nature des délits et le caractère qui les distingue des quasi-délits, s'écartent, sous plus d'un rapport, des principes du Droit romain. Mais ils sont conformes aux idées reçues dans l'ancien Droit français, qui ont été suivies par les rédacteurs du Code Napoléon (Consulta i molti giureconsulti che citano). Il nostro sistema è ben semplice: si è nociuto con dolo? V'ha delitto. Si è nociuto per colpa? V'ha quasi-delitto. Il chiarissimo Precerutti (II, 741) fra i nostri, segue lo stesso sistema.

[1] Consulta Marcadé, loc. cit.; Mourlon, III, 1696; Precerutti, II, 743; Aubry e Rau, IV, § 443, pag. 746.

[2] Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea quae non facit (Leg. 121, D. de reg. iur. L, 17; consulta pure Proudhon, De l'usufruit, III, 1489; Marcadé, art. 1382-1383, II; Larombière, V, art. 1382 e 1383, n. 6 e 7; Aubry e Rau, IV, § 444, pag. 746 testo e nota 1).

che il fatto medesimo sia illecito, cioè che ingiustamente *(iniuria)* leda un diritto altrui. Al contrario non è tenuto a riparare il danno colui che lo arreca, esercitando un suo diritto, o adempiendo ad una sua obbligazione. [1] Quindi, se scavando nel mio fondo un pozzo, taglio la vena dell'acqua che scaturiva nel tuo fondo, non sarò a nulla tenuto verso di te; [2] nè l'imputato assoluto può pretendere il risarcimento dei danni contro il pubblico ministero. Medesimamente manca questa condizione, ogni qualvolta il fatto venga compiuto col consenso della parte lesa; perciocchè *volenti non fit iniuria*. [3] Infine non può considerarsi come ingiusto il danno arrecato nel caso di legittima difesa, contro un aggressore. [4] Quanto al danno che alcuno arrechi ad altri, per difendere la sua proprietà contro un caso fortuito, non può al certo considerarsi come ingiusto, non avendo egli agito con dolo e nemmeno con colpa; reputo però che sia tenuto a prestare una indennità al danneggiato, da valutarsi considerate le circostanze; deve pure considerarsi accuratamente sino a qual misura l'interesse pubblico può essere stato impegnato in cotali opere, specialmente nei casi d'incendio e più ancora d'inondazione. Del resto può commettersi un delitto civile sopra ogni diritto, sia che abbia per oggetto una cosa esteriore, sia che si confonda colla stessa persona, al quale il diritto medesimo appartiene; quindi un'offesa fatta all'onore e alla riputazione di una persona, può ben costituire un delitto civile. [5]

È necessario in secondo luogo che il fatto sia volontario o imputabile al suo autore; è tale quando sia da lui commesso od omesso con animo deliberato. Di conseguenza nè il demente,

---

[1] Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur (Leg. 15, 55, D. de reg. iuris, Toullier, XI, 119; Duranton, XIII, 699; Proudhon, De l'usufruit, III, 1485 e 1486; Aubry e Rau, loc. cit.; Mourlon, II, 1690).

[2] Leg. 24, § 12, D. de damn. inf. XXXIX, 2.

[3] Leg. 46, § 8; Leg. 48, § 2, D. de damn. inf.; Leg. 1, § 5, D. de iniur. et fam. XLVII, 10.

[4] Damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur (Leg. 45, § 4, D. ad Leg. Aquil. IX, 2).

[5] Precerutti, II, 742, nota 3; Aubry e Rau, IV, § 444, pag. 74.

che non si trova in un lucido intervallo, nè il minore privo di discernimento possono commettere delitti civili; e non sono perciò tenuti personalmente al risarcimento dei danni; ma in luogo loro ne possono essere responsabili le persone che debbono su loro vegliare (art. 1153).[1] Il minore però fornito di discernimento, e l'inabilitato sono responsabili dei loro delitti (art. e arg. art. 1306).[2]

Occorre in terzo luogo che l'autore del fatto abbia agito dolosamente, cioè coll'intenzione di nuocere ad altri. Questo terzo requisito costituisce la differenza fra i delitti *(facta dolosa)* e i quasi-delitti *(facta culposa)* (art. 1151-1152).

Infine conviene che il fatto sia dannoso, perchè come si diceva, in diritto civile non si tiene conto dei fatti illeciti, che in quanto arrecano danno ad altri.

85. È quasi-delitto ogni fatto illecito volontario e colposo con cui una persona arreca danno ad un'altra.

Anche il fatto costitutivo del quasi-delitto può essere positivo o negativo, cioè di commissione o di omissione, e anco nei quasi-delitti niuno risponde delle omissioni, se non aveva obbligo di compiere l'atto omesso.

I quasi-delitti hanno comuni coi delitti tre elementi, cioè che il fatto sia illecito, volontario e dannoso. Non sono perciò pel primo capo quasi-delitti gli atti che costituiscono l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un'obbligazione. Non lo sono pel secondo capo gli atti che non sono imputabili al loro autore; perchè privo dell'uso delle sue facoltà morali; ma l'ubriaco è responsabile dei danni che arreca.[3] Infine pel terzo capo non sono quasi-delitti gli atti che non abbiano arrecato danno ad altri, come se dalla mia casa gettassi oggetti

---

[1] Delvincourt, III, 452; Marcadé, art. 1382-1383, I; Larombière, V, art. 1382-1383, n. 20 e 21; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 747; *contro* Merlin, Rép. v° Blessé, § 3, n. 4; v° Démence, § 2, n. 3 e 4.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Larombière, V, art. 1382-1383, n. 23; Marcadé, V, pag. 264; Aubry e Rau, IV, § 444, pag. 747.

sulla pubblica via, dalla caduta de' quali i passeggeri abbiano potuto e saputo guardarsi.

Ne differiscono poi, come fu notato, per l'elemento morale, che è il dolo nei delitti, è la colpa nei quasi-delitti (art. 1151 e 1152). Se adunque non v'è colpa, non v'è neppure quasi-delitto. Quindi non può considerarsi come quasi-delitto un fatto che ha arrecato danno ad altri per colpa sua, come se gittassi alcuna cosa nella corte della mia casa, in cui un estraneo siasi introdotto senza mio permesso. Ove però io avessi agito con dolo sarei risponsabile del danno; come se l'altro non fosse in colpa, ma se avessi agito con colpa, spetta al giudice di decidere, avuto riguardo alle circostanze, se e per quanto ne dovrei rispondere. [1]

86. Ogni delitto e quasi-delitto obbligano il loro autore a risarcire il danno cagionato. Tale obbligazione pesa sopra tutti indistintamente; per esempio il creditore che procede ad un pignoramento che poscia viene annullato, deve risarcire i danni al debitore oppignorato. [2] Del pari quegli che si querela di un reato, è tenuto al risarcimento dei danni verso l'imputato, quando abbia agito con imprudenza o mala fede, sia perchè sapeva non esistere reato, o non esserne autore l'imputato; sia perchè con leggerezza e imprudenza, senza dati almeno probabili, abbia promosso contro di lui il procedimento non seguíto da condanna: è indifferente che l'imputato sia assoluto in giudizio, o sia prosciolto dalla imputazione, con ordinanza non farsi luogo a procedimento. [3] Al contrario l'assoluzione di un imputato non basta per se sola a far nascere un'obbligazione di risarcimento di danni a carico del denunziante e della parte civile, se questi non furono in colpa. [4] Nello stesso obbligo incorrono pure i procuratori, i notai ed altri, rispetto all'esercizio delle loro funzioni; esempligrazia, il procuratore

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 446, pag. 755.

[2] Napoli, 8 ottobre 1869, B. XX, 2, 737.

[3] C. C. Firenze, 31 marzo 1870, B. XXII, 1, 301.

[4] C. C. Torino, 6 maggio 1871, A. V, 1, 185; Lucca, 3 novembre 1871, A. V, 2, 599.

che incaricato di far valere un credito in un giudizio di graduazione, di cui si prevede l'apertura, segue per accertarsi di questa, vie oblique e mal sicure, invece di prescegliere i mezzi che gli sono additati dalle più semplici nozioni del rito giudiziario, è obbligato a tenere indenne il suo mandante del danno che gli cagiona col rendere per tale sua colpa infruttuoso il credito anzidetto;[1] del pari sarebbe risponsabile di una lite da lui consigliata, se nel dare tale consiglio avesse commesso colpa o dolo; ma al contrario non dovrebbe risponderne, se la lite non apparisse nè temeraria, nè capricciosa.[2] Medesimamente il notaio che per non aver usato equipollenti perfetti, dà luogo a nullità di un testamento pubblico o segreto, è risponsabile dei danni, verso gli eredi testamentari e i legatari.[3] Infine alla medesima risponsabilità sono soggette le amministrazioni di società, per esempio, quelle delle ferrovie;[4] anzi le stesse amministrazioni pubbliche; così l'amministrazione doganale è tenuta pei danni derivati dal non aver essa restituito a tempo debito la merce sequestrata illegalmente dai suoi agenti; nè usato le consuete precauzioni per la conservazione della medesima;[5] del pari la pubblica amministrazione è tenuta a risarcire i danni arrecati a privati coll'eseguire opere, quand'anche intese ad evitar pericoli di acque minaccianti l'interesse pubblico, ove consti che in altra maniera, punto nociva, poteva porsi riparo a tali pericoli:[6] altre regole dovrebbero applicarsi se le opere fossero eseguite per causa di pubblica necessità o avessero il carattere di forza maggiore.

Il danno comprende la perdita che si soffre *(damnum emergens)* e il guadagno di cui si resta privati *(lucrum cessans)*;

---

[1] Torino, 29 ottobre 1866, B. XVIII, 2, 566.

[2] C. C. Torino, 8 luglio 1868, B. XX, 1, 690.

[3] Vedi sopra IV, n. 89; Leg. XII, n. 1, nota apposta alla sentenza della Corte d'appello di Perugia; vedi pure C. C. Torino, 20 nov. 1867, B. XIX, 1, 696.

[4] Vedi Torino, 29 maggio 1868, B. XX, 2, 459.

[5] C. C. Torino, 28 luglio 1870, B. XXII, 1, 656.

[6] Vedi Torino, 21 maggio 1869, B. XX, 2, 342.

comprende inoltre (almeno quando si tratta di un reato) il torto morale che ha cagionato alla persona lesa, sia turbandogli la sua sicurezza personale o il godimento del suo patrimonio, sia offendendolo nelle sue legittime affezioni. Conseguentemente il marito e i genitori hanno l'azione personale di danni contro chi fece ingiuria alla sua moglie o ai suoi figli; e i figli di un padre ucciso hanno diritto, per ragione propria e non solamente nella qualità di eredi, al risarcimento dei danni, benchè non trovandosi in bisogno, non avessero diritto di ottenere da esso gli alimenti. [1]

L' obbligazione di risarcire i danni cagionati da un delitto o da un quasi-delitto pesa solidariamente sopra tutti coloro che vi hanno avuto parte, quand'anche non costituisca un reato (art. 1156); cosicchè se uno di essi risarcisca il danno, gli altri sono liberati, salvo il regresso contro di loro. [2] Nulla rileva del resto che nella stessa o in diversa qualità abbiano tutti concorso al fatto delittuoso; quindi saranno tenuti in solido tanto i coautori, quanto i complici ed anche i fautori di esso, per esempio i ricettatori; basta che ciascuno vi abbia effettivamente partecipato. [3]

Il risarcimento del danno cagionato da un delitto o da un quasi-delitto consiste in un'indennità pecuniaria; salvo inoltre, se v'ha luogo, la restituzione dell' oggetto che è stato materia del delitto. Ciò è vero anche nel caso in cui il danno arrecato sia morale; [4] ma se la legge penale ammette una riparazione

---

[1] Rauter, Cours de légis. crim. II, 686; Faustin-Hélie, pag. 353 e seg.

[2] Leg. 14, § 15; Leg. 15, D. de eo quod metus causa; Leg. 11, § 2 in fine, D. de priv. delict. XLVII, 1; Leg. 1, C. de cond. furtiva; Doveri, II, pag. 302, not. 1.

[3] Vedi Inst. princ. Si quadr. paup. fec. dicat. IV, 9; Leg. 1, § 3, D. eod. IX, 1; Inst. Dig. et Cod. de noxal. act.; Leg. 1, C. de cond. furt. LV, 8; Leg. 34, D. de iniur. XLVII, 10; Inst. § 11, de obl. quae ex delict. nasc. IV, 1; Inst. de iniur. IV, 4; Leg. 50, § 3 e 4; Leg. 54, D. de furt. XLVII, 2; Leg. 2, § 2 e 3; Leg. 4, § 4-6, D. vi bon. rapt. XLVII, 8.

[4] Consulta Perugia, 31 luglio 1871, A. V, 2, 510.

morale o di onore, sarà dovuta questa con o senza indennità pecuniaria, giusta la natura del fatto.[1]

L'ammontare dell'indennità si fissa in generale dal giudice colle norme del suo prudente arbitrio. Ma alla liquidazione dei danni dovuti per cagione di un delitto o di un quasi-delitto non sono applicabili le disposizioni degli articoli 1225, 1228, 1229 e 1231, risguardanti i danni provenienti dall'inadempimento di obbligazioni convenzionali;[2] quindi il giudice può condannare il colpevole di un reato, come civilmente risponsabile, al risarcimento, non solo dei danni che erano prevedibili, ma di tutti quelli che il reato abbia realmente cagionato, quand' anche imprevedibili; fra tali danni sono state comprese le spese di viaggio, di residenza fuori del proprio domicilio, dell' opera di avvocati necessaria per la ricerca delle prove del reato.[3] In senso inverso le disposizioni degli articoli 1151 e 1152 non sono punto applicabili alle colpe commesse nell'adempimento di obbligazioni derivanti da contratti o da quasi-contratti, gli effetti delle quali sono regolati dalle proprie leggi; ove però esse degenerino in reati, riprende impero l'articolo 1151 per gli effetti civili di esse.[4]

Per l'adempimento delle obbligazioni derivanti da un delitto può ne'congrui casi, dimandarsi contro il debitore l'arresto personale (art. 2094).

L'azione di danni passa attivamente e passivamente agli eredi; perciocchè essa non può in veruna guisa noverarsi fra quelle che sono essenzialmente inerenti alla persona.[5] Nondimeno se trattisi di reato che abbia cagionato un danno morale,

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Réparation d'honneur, et Questions, v° Réparations d'injures; Larombière, V, art. 1382 e 1383, n. 27; Aubry e Rau, IV, § 445, pag. 749 testo e nota 8.

[2] Aubry e Rau, IV, § 445, pag. 750.

[3] Napoli, 12 febbraio 1868, B. XX, 2, 101.

[4] Consulta Larombière, V, art. 1382-1383, n. 8; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 755 testo e nota 7.

[5] Consulta Leg. 1, § 1, D. de priv. delict. XLVII, 1; Leg. 2, § 27 princ. D. de vi bonor. rapt. XLVII, 8; Leg. 23, § 8 princ. ad Leg. Aquil. IX, 2; Inst. § 1, de perp. et temp. act. IV, 12; Leg. 9, D. de cond. furt. XIII, 1.

l'azione di danni non passa agli eredi, se non quando sia stata introdotta dal defunto; perciocchè ha per obbietto una riparazione morale anzichè pecuniaria. [1] Quanto ai creditori della persona lesa, possono anch'essi prevalersi dell'azione dei danni, quando il danno sia stato cagionato da un delitto contro la proprietà e non contro la persona. [2]

Fra i modi con cui quest'azione può estingersi, meritano di essere qui ricordate la prescrizione e la rinunzia. Essa si prescrive regolarmente col decorso di trent'anni. Ove però derivi da un reato, si prescrive al tempo stesso che l'azione pubblica, benchè intentata separatamente da questa in giudizio civile. Ma viceversa resta interrotta, come l'azione pubblica, dagli atti di procedura penale contro il reo; talchè se questi sia condannato, la prescrizione dell'azione civile non ricomincia a correre che dal giorno della condanna; in tal caso la prescrizione continua ad essere della durata medesima che quella dell'azione pubblica. Ma le altre azioni civili, derivanti da un diritto presistente al reato e indipendentemente dal diritto al risarcimento de'danni sono soggette alla prescrizione del diritto civile; così l'azione per la restituzione delle cose depositate dura trent'anni, benchè sieno state frodolentemente sottratte dal depositario. [3]

La medesima azione si estingue in secondo luogo colla rinunzia, benchè sia nata da un reato, trattandosi d'interessi meramente privati. Ma la rinunzia fatta dalla persona direttamente lesa non nuoce a quelle persone che per ragione propria possono esercitare la medesima azione, come il marito e i genitori di essa. [4]

---

[1] Consulta Leg. 1, § 1 cit.; Inst. § 1 cit.

[2] Duranton, X, 557-559; Delvincourt, II, 522, nota 7; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Merlin, Rép. v° Prescription, sect. III, § 4, n. 5 in fine; Toullier, XI, 292; Duranton, XIII, 707 e XXI, 102; Vazeille, Des prescriptions, II, 589, 595; Larombière, V, 1382 e 1383, n. 48-50; Aubry e Rau, IV, § 445, pag. 751-752 testo e note 17-24; Mourlon, loc. cit.

[4] Precerutti, II, 745.

87. La risponsabilità procedente da un quasi-delitto è applicata a certe determinate persone pel danno arrecato o da persone loro dipendenti o da cose soggette al loro potere. Il fondamento di questa risponsabilità è una colpa presunta; in quanto che per le loro qualità avrebbero potuto, e per obbligo avrebbero dovuto impedire e prevenire il danno arrecato ad altri dai loro dipendenti o dalle cose proprie o tenute in custodia.

A quattro classi di persone è estesa tale risponsabilità; [1] perciocchè in primo luogo il padre, e in sua mancanza la madre sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi (art. 1153). [2] Vi sono obbligati tanto i genitori legittimi, quanto i naturali la cui paternità o maternità sia stata riconosciuta o dichiarata. [3] Manca il padre non solo quando sia morto o assente, ma eziandio quando per qualsiasi causa abbia perduto la patria potestà. [4]

---

[1] In questo luogo espongo solamente le disposizioni legislative civili scritte sotto la rubrica dei delitti e quasi-delitti, lasciando gli altri casi di analoga risponsabilità nel proprio loro posto (vedi fra gli altri, gli art. 1629-1633, 1867 e 1868, 2067 e seg.), o alle proprie leggi siano commerciali, siano amministrative.

[2] È noto che in diritto romano il principio delle *actiones noxales* era anticamente applicato ai figli, soggetti alla patria potestà (Gaius, IV, 75; Paulus, II, 31, § 8), ma fu a poco a poco abrogato dall'uso, e fortemente condannato da Giustiniano (Vedi Inst. § 7, de noxal. act. IV, 8).

[3] Duranton, XIII, 714; Marcadé, art. 1384, II; Larombière, art. 1384, n. 3; Mourlon, II, 1692; Aubry e Rau, IV, § 447, pag. 758; Mourlon, II, 1692.

[4] Duranton, XIII, 716; Aubry e Rau, IV, § 447, pag. 756 testo e nota 1; Duvergier sur Toullier, XI, 281, nota; Mourlon, II, 1692; Marcadé, art. 1384, III; Larombière, V, art. 1384, n. 3; Aubry e Rau, IV, § 447, pag. 757. Toullier (XI, 279 e 281) crede che possa considerarsi come mancante anche un padre che ha intrapreso un viaggio e lasciati i figli sotto la custodia e la sorveglianza della madre; Marcadé (loc. cit.) è dello stesso avviso e ne rende ragione dicendo « d'une part, comment le père, qui voit cesser sa responsabilité en plaçant son enfant chez un instituteur ou en apprentissage chez un maître quelquefois peu éloigné de lui, n'y serait-il pas soustrait quand il est à cent ou deux cents lieues de l'enfant? D'autre part comment la mère, pendant cet éloignement du père, pourrait-elle échapper à la responsabilité qui pèse sur une simple institutrice? » (Vedi nello stesso senso Larombière, loc. cit.). Ambedue queste opposte dottrine hanno una parte di vero; il figlio lasciato sotto la vigilanza

Se il padre e la madre siano personalmente separati, è obbligato pei danni cagionati dai figli quello de'due al quale ne sia stata affidata l'educazione e l'istruzione. [1]

Se il figlio minore sia emancipato tacitamente per virtù del matrimonio, la risponsabilità de' genitori cessa; perocchè da una parte se uomo, diviene capo della sua famiglia, se donna, cade sotto l'autorità maritale; e dall'altra non v'è colpa de' genitori nel consentire al matrimonio de' figli al presentarsi di propizia occasione. [2] Al contrario la loro risponsabilità continua, se abbiano espressamente emancipato il figlio, almeno allora che questi continui ad abitare con essi, e resta per tal modo soggetto alla loro morale autorità; invero è atto almeno inconsiderato l'emancipare un figlio che non siane degno; nè può essere riconosciuto legittimo questo modo tenuto dai genitori per sottrarsi alla risponsabilità che pesa su loro per ministero di legge. [3]

---

della madre ha commesso il fatto illecito e dannoso per difetto di educazione? la risponsabilità è del padre, perchè a lui è imposto principalmente l'obbligo della educazione. Lo ha commesso per mancanza di vigilanza della madre o per rallentamento della disciplina domestica da essa tollerata? La risponsabilità è di lei. E questa distinzione ha comune la ragione colla limitazione assegnata dai signori Aubry e Rau alla risponsabilità dei tutori. Ciò in pura teoria, ma in pratica? In pratica seguirei l'opinione di Duranton e di Aubry e Rau professata prima di ogni altro da Zachariae, perchè l'indagine sulla educazione deve essere il più possibilmente evitata, secondo lo spirito della legge, che a bella posta ha introdotto una presunzione di colpa. Inoltre non è senza colpa affatto il padre che lascia affidati i figli alla madre, che non sa stare a capo della famiglia. Da ultimo in verun altro luogo del Codice la voce mancanza significa lontananza.

[1] Vazeille, Du mariage, II, 427; Marcadé, loc. cit.; Larombière, V, 1384, n. 3; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 758.

[2] Toullier, XI, 277; Duranton, XIII, 715; Marcadé, art. 1384, II; Larombière, Aubry e Rau, loc. cit.; *contro* Mourlon, II, 1692. Tutto al più l'opinione di questo potrebbe essere accolta per riguardo al figlio minore che ammogliato resta a vivere coi genitori, senza averne avuto assegnamento alcuno. Da queste circostanze può risultare che i genitori vollero continuare a tenere sotto la loro vigilanza il figlio, al cui matrimonio consentirono forse per minor male.

[3] Duranton, Marcadé, Larombière, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 757; *contro* Toullier, loc. cit.

Se i figli minori non abitano coi genitori, perchè o sono abbandonati ad una vita vagabonda, o attendono agli studi in un'altra città colla tolleranza o il consenso dei medesimi, la loro risponsabilità non cessa. [1] Non cessa neppure se abbiano momentaneamente affidati i figli alla sorveglianza di altra persona; per esempio di un maestro di scuola, salvo il regresso contro questo, se sia colpevole di tale negligenza od imprudenza da giustificare tale regresso. [2] Ma cessa almeno in generale, [3] se i figli siano stati posti in uno istituto in cui si trovino costantemente sotto la sorveglianza o dell'autorità o dei direttori di quello, e molto più se siansi arrolati nell'esercito. [4]

Ma la risponsabilità de' genitori non si estende ai fatti commessi dai lori figli maggiori. [5]

In secondo luogo i tutori sono obbligati pei danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi, avendo sopra di questi un'autorità quasi eguale a quella dei genitori (art. 1152 alinea 2º). È indifferente riguardo ai tutori, che siano testamentari, legittimi o dativi; e riguardo agli amministrati che siano minori, e si trovino sotto tutela, per morte dei genitori, o per perdita che questi abbiano subito della patria potestà, o che siano maggiori interdetti.

---

[1] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 757, nota 2; Mourlon, II, 1692.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.; *contro* Larombière, tom. e art. cit. n. 17.

[3] Dico almeno in generale, perchè, come giustamente osservano i signori Aubry e Rau (IV, § 447, pag. 757, nota 6), le circostanze potrebbero consigliare diversa soluzione, come se per esempio, il figlio abbia arrecato danno poco dopo entrato nell'istituto, e il fatto da lui commesso possa essere attribuito alla cattiva educazione ricevuta nella casa paterna.

[4] Delvincourt, III, II, 454; Duranton, XIII, 718; Larombière, tom. e art. cit. n. 2; Duvergier sur Toullier, XI, 259; Aubry e Rau, IV, § 447, pag. 758.

[5] Mourlon (II, 1692) crede che, se chi ha ricevuto danno, prova che i genitori dettero ai figli cattiva educazione, e peggiori esempi, siano questi tenuti pel danno cagionato dal fatto dei loro figli maggiori, in conseguenza della loro passata colpa. Ma la legge non sarebbe manifestamente violata? Il figlio divenuto maggiore non ha forza morale bastante per conformare le sue azioni alle leggi? Non ostante la cattiva educazione ricevuta, non è divenuto per legge arbitro di sè? E poi, il sindacato sul genere di educazione data nei penetrali domestici non è condannato dallo spirito della nostra legislazione?

In terzo luogo i padroni ed i committenti sono obbligati pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati (art. 1153 alinea 3°). Fra i padroni vanno noverati anco i mastri di posta rispetto ai postiglioni; [1] e gli affittuari riguardo tanto ai domestici, quanto agli operai ammessi a lavorare nel fondo preso in affitto. [2] Fra i committenti poi va compreso lo Stato, la provincia e il comune rispetto ai funzionari di cui si servono, e sono perciò soggetti a questa disposione della legge civile; [3] in specie, la direzione generale delle gabelle è risponsabile dei fatti dei diversi agenti delle singole direzioni compartimentali: [4] salve però le leggi e gli statuti speciali che regolino questa materia.

Questa risponsabilità pesa sui padroni e committenti, quantunque i domestici e commessi abbiano agito di moto proprio, senza ordine nè istruzione de'loro padroni e committenti; pesa sui medesimi tanto se i domestici o i commessi abbiano agito veramente per conto del committente, quanto se, fingendo di agire per conto di questo, abbiano in effetto agito per proprio interesse. [5] E su loro pesa, rispetto non solo ai terzi ma eziandio ai domestici e ai commessi ai quali sia stato arrecato danno da altri suoi domestici e commessi. [6] Ma non si estende ai danni sofferti da questi per accidenti che li hanno colpiti nell'esercizio delle loro incombenze; salvo che ai padroni e committenti sia imputabile qualche colpa, negligenza o imprudenza. [7] Non si estende neppure ai delitti e quasi-delitti consumati dai domestici

---

[1] Vedi Torino, 5 luglio 1867, B. XIX, 2, 367.

[2] Vedi Ancona, 1 giugno 1869, B. XXI, 2, 372.

[3] Vedi Marcadé, art. 1384, III; Aubry e Rau, IV, § 447, pag. 759 e 760, e le molte autorità che citano.

[4] Napoli, 26 febbraio 1869, B. XXI, 2, 114.

[5] C. C. Torino, 28 maggio 1871, A. V, 1, 22.

[6] Larombière, V, art. 1384, n. 9; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 760.

[7] Larombière, tom. e art. cit. n. 9; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 760.

o dai commessi, fuori dell'esercizio delle loro incombenze.[1] D'altra parte, essendo la risponsabilità civile di cui si parla, distinta dalla penale, nulla osta che possa condannarsi al risarcimento dei danni quel padrone che abbia incaricato un suo domestico di vegliare sulla sua proprietà, dandogli un fucile carico, dal cui sparo una persona restò ferita; tale decisione è applicabile anche nel caso in cui il padrone anzidetto fu in giudizio penale assoluto.[2]

Tale risponsabilità non s'incorre da chi affidi a persona del mestiere un'opera o un lavoro estraneo alla sua condizione; come se io avvocato affidassi ad un muratore la costruzione o la riparazione di un edifizio, e questi per imprudenza commettesse un omicidio, costruendo e riparando; invero questi non surroga me nel lavoro, non è nè mio domestico, nè mio commesso, nè trovasi sotto la mia dipendenza.[3] Ma se io assumessi la direzione o la sorveglianza del lavoro, sarei risponsabile del fatto dell'imprenditore o dell'operaio.

In quarto ed ultimo luogo i precettori e gli artigiani sono obbligati pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza (art. 1153 alinea 4º). Per precettori s'intendono coloro che sono incaricati permanentemente dell'educazione e della vigilanza dei giovanetti, e non di dare soltanto lezioni per alcune ore del giorno.[4]

La risponsabilità di tutte queste persone ha luogo, benchè il fatto non sia imputabile al suo autore, come quando esempligrazia, sia commesso da un fanciullo o da un demente.[5] Ma se il fatto sia imputabile all'autore, la risponsabilità delle anzidette persone non lo esime dalla risponsabilità propria.

---

[1] Merlin, Rép. vº Délit, n. 9; Toullier, XI, 286 e seg.; Duranton, XIII, 724; Larombière, V, art. 1384, n. 9; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 760-761; consulta C. C. Firenze, 21 marzo 1866, B. XVIII, 1, 364.

[2] Consulta Torino, 19 maggio 1866, B. XVIII, 2, 229.

[3] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 761-762.

[4] Delvincourt, III, part. 2, pag. 154; Duranton, XIII, 718; Marcadé, art. 1384, II; Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Marcadé, art. 1384, IV.

Questa risponsabilità non può estendersi a verun'altra persona; perchè si basa sopra una presunzione legale di colpa che come eccezione, e per soprapiù odiosissima, deve essere tenuta negli strettissimi limiti fissati dalla legge. Quindi il marito non è risponsabile del danno cagionato da sua moglie; [1] nè il proprietario di una casa del danno arrecato agl'inquilini dagli operai di un intraprendente, cui ne sia stata commessa la riparazione o da uno degli operai ad un altro; [2] nè gli abitanti di una casa del danno arrecato ai passeggeri dalle cose versate o gittate da essa; ammenochè non vi siano tenuti o come autori o come responsabili del fatto altrui. [3]

Essa non ha luogo neppure contro i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani, quando provino di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili (art. 1153 alinea ult.). [4] Ma non godono di questo benefizio nè i padroni, nè i committenti (arg. *a contr.* art. e alinea cit.); perchè è sempre loro imputabile la men buona scelta (arg. *a contr.* art. e alinea cit.). [5]

88. L'obbligazione che grava sopra le quattro classi di persone or ora nominate, di riparare i danni cagionati dai loro dipendenti comprende non solo le cose da restituirsi, le inden-

---

[1] Merlin, Rép. v° Délit, § 8; Quest. v° Mari, § 1; Toullier, XI, 279; Duranton, XIII, 720; Larombière, tom. e art. cit. n. 7; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 767 e 768.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Toullier, XI, 150; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 768; Larombière, tom. e art. cit. pag. 769; Doveri, II, p. 344, nota 1 in fine. L'azione *de effusis et deiectis*, quale era ammessa dal diritto romano, non ha luogo nel diritto patrio; il fatto del getto può costituire un delitto o un quasi-delitto civile, e rendere risponsabile del danno il suo autore, giusta gli articoli 1151 e 1152 o quelli che a senso dell'articolo 1153, sono tenuti pel fatto del loro autore, come loro dipendente.

[4] Consulta Toullier, XI, 264; Duranton, XIII, 718; Marcadé, art. 1384, II; Larombière, V, art. 1384, n. 24; Aubry e Rau, IV, § 447, pag. 759.

[5] Consulta Toullier, XI, 283; Duranton, XIII, 724; Marcadé, art. 1384, III; Larombière, V, art. 1384, n. 3; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 768; Mourlon, II, 1695; Doveri, II, pag. 343, nota 1.

nità da prestarsi e le spese da rimborsarsi alla parte lesa, ma eziandio le spese del processo criminale nel caso di reato. [1] Al contrario non comprende le ammende inflitte in pena del reato; essendo essenzialmente personale ogni pena criminale. [2] Per la stessa ragione le medesime persone non debbono subire la confisca dei propri oggetti, fatta nelle mani dei loro dipendenti; nè esser tenute al pagamento del valore di essi, ove appartengano a terze persone e da queste non possano ricuperarsi (art. 1154). [3]

Anche questa obbligazione è solidaria, ove più siano le persone civilmente risponsabili (art. 1156).

L'esecuzione di questa obbligazione può dimandarsi direttamente avanti i tribunali civili contro le persone civilmente obbligate; senza chiamare in causa l'autore del fatto dannoso; salvo però a favor loro il regresso contro questo, ove il fatto gli sia imputabile. Ma se il fatto sia imputabile all'autore, la persona lesa può anche agire contro di lui (art. e arg. art. 1306). [4]

Quest'obbligazione cessa colla prescrizione e con la rinunzia, come quella nascente dal delitto e dal quasi-delitto propriamente detto.

89. Il proprietario di un animale è obbligato pel danno cagionato da esso (art. 1154) [5]. V'è pure obbligato chi se ne serve, per esempio l'usufruttuario, l'usuario, il conduttore e il comodatario (art. cit.).

Nulla rileva del resto che l'animale fosse domestico o selvaggio, e che i terreni destinati alla conservazione e riproduzione della selvaggina fossero aperti o chiusi. [6] Nulla rileva del

---

[1] Merlin, Rép. v° Responsabilité civile des délits; Toullier, XI, 276; Larombière, V, art. 1384, n. 37; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 765.

[2] Merlin, loc. cit.; Larombière, tom. e art. cit. n. 38.

[3] Larombière, tom. e art. cit. n. 39; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Toullier, XI, 271; Duranton, XIII, 722 e 723; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1384, IV; Mourlon, II, 1696; Doveri, II, p. 344, nota 1 in fine.

[5] Vedi C. C. Torino, 6 aprile 1866, B. XVIII, 1, 199.

[6] Consulta Merlin, Rép. v° Gibier, § 8; Toullier, XI, 307, 315; Aubry e Rau, IV, § 448, pag. 769-770; Marcadé, art. 1385-1386, I.

pari che l'animale il quale ha arrecato danno, si trovasse sotto la custodia del proprietario o di chi se ne servì, o si fosse smarrito, o fosse fuggito. Infine nulla rileva che l'animale abbia arrecato danno secondo o contro le sue naturali abitudini (art. e arg. art. cit.). [1]

Quegli che si serve dell'animale che ha arrecato danno, può avere il regresso contro il proprietario, se da una parte egli non fu punto in colpa, e dall'altra l'animale arrecò danno per suoi vizi e difetti (arg. art. 1577 e 1818). In quest'ultimo caso la parte lesa può agire direttamente contro il proprietario. [2] Anche quest'obbligazione è solidaria (art. 1156).

Cessa questa risponsabilità, se l'animale cagioni danno per effetto di una forza maggiore; come se per scossa di terremoto o per strepito di battaglia, rompa ogni freno, e fugga, o se lo cagioni per colpa di colui, sul quale cade: come se un bove fugga e rechi danno al podere di quello che diede causa alla fuga, aizzandogli un cane. [3] Ma non può il padrone dell'animale o chi se ne serve, sottrarsi a tale risponsabilità, provando che non fu punto in colpa, e che fe' ogni possibile sforzo per impedire il danno. [4] Nè il padrone medesimo può

---

[1] Toullier, XI, 297; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 771; Larombière, V, art. 1385, n. 13; Marcadé, loc. cit. — Per legge romana l'*actio de pauperie* non poteva essere sperimentata, se l'animale non aveva agito *contra naturam sui generis*; altrimenti si considerava che il danno fosse avvenuto per caso fortuito (Inst. princ. si quadr. paup. fec. dic. IV, 9; Leg. 1, § 4-7 e 11; Leg. 5, D. eod. IX, 1). Il padrone però rimaneva personalmente risponsabile per mancata sorveglianza, in forza del principio della Legge Aquilia (Arg. Leg. 14, § 3, de praes. verb. XIX, 3; Leg. 6, C. de Leg. Aq. III, 35; vedi pure Paulus, I, 15, § 1; Leg. 9, § 1, D. ad exhib. X, 4).

[2] Consulta Larombière, tom. e art. cit. n. 5; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 771-772 testo e nota 13.

[3] Toullier, XI, 316 e seg.; Aubry e Rau, loc. cit.; Larombière, tom. e art. cit. n. 6; Mourlon, II, 1697; Marcadé, loc. cit.

[4] Marcadé, art. 1385, I; Larombière, V, art. 1385, n. 9; Aubry e Rau, IV, § 448, pag. 771.

liberarsi della sua risponsabilità, abbandonando l'animale a colui che soffrì danno. [1]

90. Il proprietario di un edifizio è obbligato pe'danni cagionati dalla rovina di esso, quando sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio nella costruzione (art. 1155); in quest'ultimo caso però può aver luogo il regresso contro l'architetto o l'imprenditore (art. 1639). [2] Se la rovina avvenga per caso fortuito, inimputabile del tutto al proprietario, questi non è punto tenuto per qualsiasi danno che quella abbia cagionato. Se il danno avvenga durante la costruzione o la riparazione dell'edifizio, ne deve rispondere l'imprenditore; salvo che il committente siasi riservato la direzione o la sorveglianza dell'opera: la loro risponsabilità è in tal caso regolata dagli articoli 1151-1153. [3]

Sotto la voce edifizio, si comprende qualsiasi opera; non solo quindi le case, i magazzini, ma anche un semplice muro: nè deve aversi riguardo alla natura dei materiali. Se trattisi di opera pubblica appartenente allo Stato, alla provincia o al comune, questi ne rispondono nella stessa maniera. La cosa stessa dicasi di un corpo morale, cui l'edifizio appartenga.

Questa responsabilità pesa sul nominato proprietario a favore dei vicini e dei passeggeri; i vicini inoltre prima che il danno avvenga, possono valersi dell'articolo 699. [4] Quanto agl'inquilini, agli usufruttuari, usuari ed abitanti, la responsabilità è regolata dai rispettivi contratti o atti di concessione. [5]

Pesa su di lui, nonostante che l'edifizio sia soggetto ad un usufrutto; ma ha il regresso contro l'usufruttuario, se provi

---

[1] Merlin, Rép. v⁰ Quasi-délit, n. 9; Toullier, XI, 298; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1384, I; Larombière, tom. e art. cit. n. 14. — La legge romana invece permetteva al padrone dell'animale di liberarsi dalla sua obbligazione abbandonando questo (Vedi Leg, 1, § 11, D. eod.).

[2] Marcadé, art. 1385-1386, II.

[3] Consulta Larombière, tom. e art. cit. n. 5; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 772-773.

[4] In diritto francese non è ammessa la *cautio damni infecti*.

[5] Consulta Larombière, V, art. 1386, n. 3; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 772.

che la rovina avvenne per mancanza di riparazioni che questi avrebbe dovuto eseguire, o che trascurò di avvertirlo del pericolo.[1] Anche questa risponsabilità è solidaria (art. 1156).

CAPO III.

DEGLI EFFETTI DELLE OBBLIGAZIONI

SOMMARIO

91. Le obbligazioni producono un effetto necessario e principale, e un effetto accidentale ed accessorio — Il primo consiste nella prestazione della cosa che ne forma l'obbietto.
92. L'effetto accidentale e accessorio consiste nel risarcimento di danni per mancata o ritardata esecuzione della obbligazione — Della mancata esecuzione di questa — Cause per cui ciò possa avvenire: dolo, colpa, caso fortuito — Della diligenza che il debitore deve adoperare nell'adempimento della sua obbligazione; e di qual colpa perciò sia risponsabile — È o no risponsabile del caso fortuito?
93. Del risarcimento del danno per mancata esecuzione del contratto.
94. Seguito — Della ritardata esecuzione della obbligazione; ossia della mora — La mora deve esser colpevole; quali condizioni per ciò si richieggono.
95. Del risarcimento del danno per ritardata esecuzione della obbligazione.
96. Altri diritti appartenenti al creditore — Diritto di prendere provvedimenti conservativi intesi alla sicurezza del suo credito.
97. Seguito — Diritto del creditore di prendere a nome del suo debitore tutti i provvedimenti acconci a conservare i diritti di quest'ultimo — Diritto del medesimo di esercitare a nome del suo debitore, tutti i diritti e le azioni a questo appartenenti — Quali diritti e azioni può o no esercitare? Sotto quali condizioni e per quanto può esercitarli? — Modo di esercizio: se e quando gli occorra la surrogazione convenzionale o giudiziale — Eccezioni che possono o non essere opposte al creditore da colui contro il quale quegli esercita i diritti e le azioni del suo debitore.
98. Seguito — Diritto del creditore d'impugnare in proprio nome gli atti fatti dal debitore in frode delle sue ragioni; ossia dell'azione rivocatoria o pauliana — In che differisca dal diritto di far risolvere gli atti simulati — Condizioni necessarie per l'ammissione di tale azione: pregiudizio dei creditori; frode dal canto di ambidue i contraenti, se trattisi di atto a titolo oneroso; dal canto del solo debitore, ove si tratti di atto a titolo lucrativo.
99. Seguito — Quali atti possano impugnarsi colla pauliana.
100. Seguito — Chi possa valersi di tale azione. — Contre quali persone possa sperimentarsi.
101. Seguito — Quale ne sia l'obbietto: il ristabilimento delle cose *in pristinum* mediante la rivocazione dell'atto — Tale rivocazione ha effetto contro i terzi non partecipi della frode?

91. Gli effetti giuridici delle obbligazioni di cui passiamo a parlare, sono generali o comuni a tutte: degli effetti propri delle singole specie di obbligazioni si è discorso o si discorrerà nel loro proprio luogo.

---

[1] Vedi Trattato delle locazioni, n. 303 e seg.; Toullier, XI, 317; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 770; *contro* Larombière, V, art. 1386, n. 3.

Ogni obbligazione produce un effetto necessario e principale, e un effetto accidentale ed accessorio. Perciocchè chi n'è gravato, è tenuto ad eseguirla esattamente; prestando la cosa che ne forma l'obbietto; sia essa una cosa propriamente detta o un fatto positivo o negativo. Ove a ciò manchi, è tenuto in via accessoria al risarcimento dei danni.

Correlativi diritti appartengono al creditore. Egli quindi può innanzi tutto, esigere l'esatto adempimento della obbligazione. Se adunque si tratti di una obbligazione di dare, può chiedere ed ottenere la consegna della cosa (arg. art. 1220 e 1222); se l'obbligazione sia di fare, può dimandare che non soddisfacendola il debitore, sia esso autorizzato a farla adempire a spese del debitore (art. 1220); e finalmente se l'obbligazione sia di non fare, ha il diritto di chiedere che sia distrutto tutto ciò che si è fatto in contravvenzione a tale obbligazione, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore (art. 1222). È inteso che si ha riguardo alle obbligazioni, per la esecuzione delle quali non è richiesta l'azione personale del debitore. [1]

92. Quanto poi all'effetto accidentale o accessorio della obbligazione, è necessario innanzi tutto distinguere la ipotesi del suo inadempimento, dalla ipotesi della sua tardiva esecuzione. Incominciando dalla prima, le cause per cui il debitore può mancarvi possono essere tre; il dolo, [2] la colpa, [3] e il caso fortuito.

V'ha dolo, quando egli scientemente e volontariamente manca alla sua obbligazione; ossia quando egli sapeva che o facendo o omettendo ciò che ha fatto od omesso, mancava alla sua obbligazione; e nondimeno ha voluto tale risultato. [4]

V'ha colpa, quando il debitore manca alla sua obbligazione per effetto di negligenza; ossia quando per non avere

---

[1] Vedi sopra n. 27.

[2] [3] Non è necessario di avvertire che il dolo e la colpa, di cui qui si discorre, sono distinti da quelli che costituiscono l'elemento morale del delitto o del quasi-delitto.

[4] Vedi Leg. 8, § 9; Leg. 44, D. mandati, XVII, 1.

adoperato la debita diligenza, non ha preveduto che compiendo o omettendo il tal fatto, contravveniva alla sua obbligazione; mancata a lui la cognizione non ha potuto avere neppure la volontà di contravvenire alla medesima: la negligenza quindi differisce dal dolo in entrambi gli elementi costitutivi di questo (art. 1224).

Per regola generale il debitore deve impiegare nell'adempimento della sua obbligazione la diligenza di un buon padre di famiglia, la diligenza cioè che un uomo attento e accurato pone comunemente nell'amministrazione dei suoi affari (art. 1224).[1] Nulla rileva che la obbligazione abbia per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambedue (art. 1224). In generale quindi egli è risponsabile della colpa lieve; perciocchè se ciascuno è arbitro di mandar anche alla malora i propri affari; non è al certo lecito al debitore di essere negligente nel custodire e conservare le cose altrui; dall'altra parte, il creditore ha legittima ragione di attender da lui quello zelo e quella prudenza che suole adoperare nei propri affari la maggior parte degli uomini.[2]

---

[1] L'espressione *buon padre di famiglia* è adoperata nello stesso senso che l'*homo diligens et studiosus paterfamilias* della Leg. 15 princ. de prob. et praesumpt. (XXII, 3).

[2] È noto che gli antichi interpreti del diritto romano ammettevano tre gradi di colpa, la lata, la lieve e la lievissima, e che i moderni hanno rifiutato il terzo grado, perchè non fondato sulle disposizioni testuali e contrario ai principî di ragione; e hanno ammesso soltanto i due primi. V'ha colpa lata, quando il debitore trascura le precauzioni più comuni e omette di fare quello che ognuno farebbe per impedire il perimento o il danneggiamento della cosa, o non intende, nè prevede ciò che tutti intendono e prevedono (Leg. 213, § 2; Leg. 233, D. de verb. signif.), o essendo incaricato di amministrare gli affari altrui, adopera nell'amministrazione, minore accuratezza che nei propri (Leg. 32, D. depositi; Leg. 22, § 3, D. ad SC. Treb.); in tutti gli altri casi di trascuranza o di negligenza v'ha colpa lieve. È pure noto che gli stessi interpreti hanno introdotto, nella esposizione del diritto romano, la distinzione della colpa *astratta* e *concreta*, secondo che la legge esige dal debitore la diligenza *boni paterfamilias*, ossia vuole che si conduca ad *eum modum, quem hominum natura desiderat* (Leg. 32, D. depositi); o esige dal medesimo la diligenza che impiega o suole impiegare: *diligentiam qualem in suis rebus adimplere solet* (Inst. de obl. quae quasi ex contr. § 1 in fine; Leg. 72, D. pro socio; Leg. 3, D. de peric. et com. rei

Infine v'ha caso fortuito; quando il debitore non può adempiere la sua obbligazione per un avvenimento a lui non imputabile, sia perchè non poteva prevederlo, sia perchè prevedutolo, non poteva prevenirlo. Il caso fortuito può consistere o in avvenimento di natura, o in un fatto di persona o di animale di cui il debitore non debba rispondere (art. e arg. art. 1225 e 1229). Ma se il caso fortuito l'abbia ridotto a tale impossibilità per cagione del suo dolo o della sua colpa, troverassi nella prima o nella seconda delle due precedenti ipotesi, anzichè in questa terza (art. e arg. art. 1225 e 1298 princ.).

---

venditae). Non è minore la controversia che si agita fra gl'interpreti del Codice napoleonico, e che potrebbe riprodursi sotto l'impero del nostro, a quello somigliantissimo anche in questa parte. « Invero riproducendo la succinta, ma precisa e completa esposizione che ne fanno i signori Aubry e Rau (IV, § 308, n. 2, pag. 100, nota 26), Proudhon (De l'usufruit, III, 1494 e seg.) insegna che, salva qualche modificazione, la dottrina delle tre specie di colpa è stata accolta dalla nuova legislazione. Duranton (X, 397) pretende che non siavi inconveniente a seguire tale dottrina, nei casi in cui il Codice non ha formalmente spiegato la natura della colpa di cui il debitore debba essere risponsabile. Toullier (VI, 230 e seg.) è al contrario d'avviso che il debitore debba rispondere delle colpe più leggiere. Hauthuille (Dissertation, Revue de législation et de jurisprudence, II, pag. 269 e 342), applicando nel diritto francese la teoria esposta da Hasse sulla prestazione delle colpe giusta il diritto romano, non ammette che due specie di colpa: la grave costituita dalla mancanza della *diligenza in concreto*; e la lieve, costituita dalla mancanza della *diligenza in abstracto*: Larombière, (I, art. 1137) è dello stesso avviso. Ma niuna di queste opinioni è accettabile. Perciocchè risulta e dal testo dell'articolo 1137 princ. del Codice napoleonico, al quale è identico nella sostanza l'articolo 1224 princ. del Codice patrio, e dalla Esposizione dei motivi fatta da Bigot-Préameneau (Locré, Légis. XII, pag. 326, n. 32), e dal Rapporto fatto al Tribunato da Favard (Locré, op. cit. XII, 431, n. 32) che i compilatori del Codice vollero abrogare almeno in generale, la dottrina degl'interpreti. Ma ad un tempo non può dissimularsi che ne esistono tracce nel Codice (Cod. nap. art. 804, 1137 alinea, 1374, 1927 comb. coll'art. 1928 e 1992; Cod. civ. pat. art. 970, 1224 alinea, 1143, 1843, 1844 e 1992). L'opinione di Toullier, ci sembra per ciò solo inesatta non meno di quella di Proudhon e Duranton. Essa è poi tanto meno ammissibile, in quanto riposa sulla falsa applicazione degli articoli 1382 e 1383 Codice napoleonico (art. 1151 e 1152 Cod. civ. patrio) ai contratti e quasi-contratti, nel mentre che non riguardano che i delitti e i quasi-delitti. La teoria del signor d'Hauthuille è notevole per

La sopraddetta regola sulla colpa si deve peraltro applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme speciali per certi casi: così la legge non chiama risponsabile l'erede beneficiato che delle colpe gravi (art. 970), e autorizza il giudice ad usare indulgenza verso il gestore di negozi, a norma delle circostanze che l'hanno indotto ad assumere l'affare (art. 1143), verso il donante di cose mobili con riserva di usufrutto (articolo 1076) e verso il mandatario in caso di mandato gratuito (art. 1746 alinea). A questi casi si debbono aggiunger quelli che sono ai medesimi perfettamente simili; così la disposizione dell'articolo 970 deve estendersi, per perfetta analogia, al socio che senza mandato speciale ed espresso, amministra gli affari sociali e all'erede che amministra una successione indivisa. [1] Ma non devono confondersi coi medesimi què casi nei quali la legge limita al debitore i mezzi di prova per esonerarsi della propria risponsabilità; come nei casi di perdita e di guasti delle cose affidate ai vetturini, di furto e di danno arre-

---

la sua chiarezza e semplicità. Ma essa, come tutte le teorie stabilite *a priori*, è l'espressione di ciò che dovrebbe essere, piuttostochè di quel che è. Per ciò appunto avviene che egli con grandi sforzi tenta di far concordare bene o male le disposizioni del Codice colle sue definizioni e divisioni. Sovente anzi egli soccombe, malgrado il suo talento ingegnosissimo. Citeremo fra gli altri, questo esempio: il tutore, giusta il suo avviso, non dovrebbe usare che la diligenza *in concreto*; il conduttore invece e il comodatario la diligenza *in abstracto*. Ma come conciliare questa differenza cogli articoli 450, 1728 e 1880 Codice napoleonico (il Cod. patrio manca di disposizione corrispondente al citato art. 450, ma l'argomento vale nello stesso modo, tenendo luogo di esso la disposizione generale dell'art. 1224; agli altri due corrispondono gli art. 1583 e 1808), che richieggono da tutte queste persone la stessa diligenza di un buon padre di famiglia? » Colmet de Santerre (V, 54 e 54 bis), e Demolombe, (XXIV, 402-412) rigettano anch'essi la divisione tripartita delle colpe, e la teoria di Hauthuille. La dottrina di questi combina nelle generali con quella insegnata dai sullodati signori Aubry e Rau, che cioè il diritto francese e così anche il patrio non esigono *per regola* che la diligenza di un buon padre di famiglia *in abstracto*, e non rendono per conseguenza risponsabili i debitori che della colpa lieve. In alcuni particolari però, che all'opportunità verranno indicati, si notano anche fra loro delle discrepanze.

[1] C. C. Torino, 2 maggio 1866, B. XVIII, 1, 293.

cato agli effetti del viandante portati entro gli alberghi. Nell'applicazione di queste regole alle singole fattispecie, il giudice non ha altra norma che il suo prudente arbitrio (art. 1631, 1867 e 1868).

Essa inoltre è soggetta ad eccezione nel caso di deposito; perocchè il depositario non deve usare, nel custodire la cosa depositata, che la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie (art. 1224 cong. art. 1843). La stessa decisione è applicabile al sequestratario giudiziale. [1]

Quando il debitore per cagione del suo dolo o della sua colpa sia risponsabile dell'inadempimento della obbligazione, è tenuto verso il creditore al risarcimento dei danni.

93. Danno è in generale, ogni diminuzione del patrimonio, che taluno ha sofferto o che ha da temere. [2]

I danni che si debbono per mancanza di esatto adempimento dell'obbligazione, consistono nella differenza fra il valore attuale del patrimonio del creditore, e quello al quale questo si eleverebbe, se la obbligazione fosse esattamente eseguita (*id quod interest, quanti mea interest*). Essi quindi comprendono la perdita che l'inesecuzione di essa cagiona al creditore, e il guadagno di cui lo priva: quella suole chiamarsi *danno positivo* o *emergente;* il secondo *danno negativo* o *lucro cessante;* inquantochè nel primo caso il patrimonio è effettivamente diminuito, nel secondo non si è potuto aumentare. [3]

Nell'applicare però questa regola deve tenersi conto della minore o maggiore risponsabilità in cui il debitore è incorso. Quindi, se questi ha contravvenuto alla sua obbligazione contrattuale o quasi-contrattuale, per colpa e non per dolo, non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, essendo dovuti quasi in base di una convenzione accessoria tacitamente conchiusa fra

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 308, pag. 101 testo e nota 28.

[2] Leg. 5, § 5, D. de his qui effud. IX, 3.

[3] Leg. 3, D. de damno infecto, XXXIX, 2; Leg. 2, § 11, D. ne quid in loco pub. fiat, LXIII, 8; Leg. unica, C. de sent. quae pro eo, VII, 46.

le parti, e non potendo la loro intenzione abbracciare più del previsto e del prevedibile (art. 1228). [1] Appartiene al giudice di decidere quali, ne' singoli casi, siano danni preveduti e prevedibili. [2] Così, per esempio, se io ti affitto una casa per nove anni, e dopo quattro ne vengo evitto dal vero proprietario, ti dovrò innanzi tutto il rimborso della spesa dello sgombero, e la differenza fra il fitto che tu mi avresti pagato per gli altri cinque anni, e quello che maggiore tu dovrai pagare per la locazione di altra simile casa. Ma il pregiudizio che tu soffrirai nel tuo commercio, stabilito nella casa da me affittata per effetto del cambiamento di luogo, dovrà esserti da me risarcito, se sapevo che tu prendevi in affitto la casa per tale oggetto, altrimenti no. [3] La cosa stessa deve dirsi della obbligazione derivante da un quasi-delitto.

Ma quando l'inadempimento dell' obbligazione derivi da dolo, il debitore è risponsabile dei danni tanto preveduti e prevedibili, quanto degl'impreveduti e imprevedibili, in condegna pena del suo dolo. La medesima decisione deve essere

---

[1] La interpretazione comune data all'art. 1150 (Cod. nap.), al quale è identico il nostro art. 1228, è quella che ho adottato. Ma il Demolombe (XXIV 590-595) seguendo il Colmet de Santerre (V, 66 bis, III e IV), ne dà una diversa, reputando che la distinzione fra i danni previsti ed imprevisti, non riguarda che la causa del danno; e che è estranea alla determinazione del loro importare; attalchè anche il debitore di buona fede dovrebbe la riparazione completa dei danni cagionati con sua colpa; se fosse stata prevedibile la causa del danno, e sebbene per effetto di circostanze straordinarie, il loro ammontare sorpassi le previsioni delle parti. Essi quindi ritengono che la disposizione dell'art. 1633 Codice napoleonico (art. 1500 Cod. civ. patrio) non contenga già una disposizione eccezionale, ma sia l'applicazione pura e semplice dell'art. 1150 Codice napoleonico (art. 1228 Cod. civ. patrio). Ma tale dottrina è evidentemente contraria al testo dei citati articoli 1150 e 1228 (Vedi Aubry e Rau, IV, § 308, pag. 105, nota 41).

[2] Fra i danni previsti e prevedibili va compreso sempre il pregiudizio che il creditore ha sofferto *propter ipsam rem non habitam*, e che gli antichi interpreti chiamano danno *intrinseco*; quanto poi al pregiudizio sofferto in conseguenza della privazione della cosa, *non propter ipsam rem non habitam, sed extrinsecus*, donde danni *estrinseci*, dovrà o no risarcirsi dal debitore a norma delle circostanze, avuto riguardo alle quali il giudice pronunzierà la sua decisione.

[3] Consulta Demante, II, 581; Duranton, X, 71; Marcadé, art. 1150; Mourlon, II, 1145-1147.

applicata al caso in cui la obbligazione derivi da un delitto. Tuttavia anco in questo caso egli non deve il risarcimento che di quei danni che sono una conseguenza immediata e diretta o, più esattamente, necessaria dell'inadempimento dell'obbligazione; in quanto esiste un rapporto di causalità fra questo e i danni (art. 1229). [1]

La valutazione dei danni in denaro, giusta le esposte regole, è rimessa al prudente arbitrio del giudice. [2] Questi deve aver riguardo, non al valore assoluto o astratto del pregiudizio derivante dall'inadempimento della obbligazione; ma al danno concreto sofferto dal creditore. Ma non deve mai tener conto di un semplice interesse d'affezione, non suscettivo di stima pecuniaria. [3]

La medesima regola inoltre va soggetta ad eccezione nel caso in cui la convenzione stabilisce, che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni; perciocchè allora non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore, quantunque il danno emergente e il lucro cessante ne sia in senso inverso, minore

---

[1] Vedi Leg. 21, § 3, D. de act. empt. vend.; Leg. 19, D. de peric. et com. rei venditae; Leg. 29, § 3 in fine, D. ad Leg. Aq.; ma vedi sopra n. 86, per quanto concerne la responsabilità civile, procedente da un reato. — È nota la distinzione che suole farsi dei danni diretti e indiretti, secondochè sono una conseguenza immediata o mediata dell'inadempimento della obbligazione; ma è pur noto che tale distinzione in pratica è difficoltosissima (Consulta Toullier, Duranton, Mourlon, loc. cit.; Marcadé, art. 1156).

[2] Vedi Leg. 24, D. de reg. iur. L, 17.

[3] Vedi Gaius, III, 212; Inst. § 10, de Leg. Aq. IV, 3; Leg. 22, § 1, ad Leg. Aq. IX, 2; Leg. 54, D. de leg. 2, XXXI; Leg. 6, § 2, de op. serv. VII, 7, Leg. 33 princ. D. ad Leg. Aq. IX, 2; Leg. 63 princ. D. ad Leg. Falc. XXXV, 2. — È noto che in diritto romano, in base ad una costituzione di Giustiniano (Leg. unica, C. de sent. quae pro eo, VII, 47), che generalizzava una disposizione speciale del diritto classico (Leg. 44 comb. colla Legge 43 in fine, D. de act. empt. vend. XIX, 1), i danni (giusta la interpretazione più plausibile) nei debiti contrattuali o quasi-contrattuali non potevano eccedere il doppio valore della prestazione principale; non era al contrario fissato verun limite nelle obbligazioni derivanti da delitti e da quasi-delitti (Vedi Van Wetter, I, § 195, pag. 681 e i molti che cita in tal senso).

o maggiore: ciò esige e il rispetto della clausola della convenzione, e lo scopo che le parti si debbono aver prefisso, di evitare ricerche e questioni sull'accertamento dei danni risarcibili. Lo stesso ha luogo, se l'accertamento dei danni è fatto sotto forma di clausola penale, o mediante caparra data al tempo del conchiuso contratto; semprechè questa debba tener luogo d'indennità, e non sia invece una parte anticipata del prezzo (art. 1230). [1] Ma se l'obbligazione sia stata in parte eseguita, può il giudice diminuire la somma determinata per il titolo de'danni (arg. art. 1214). [2]

Ma il debitore sebbene in colpa, può non essere dichiarato risponsabile dei danni verso il creditore; quando ancor questi sia in colpa; esempligrazia il venditore della cosa altrui, non è tenuto al risarcimento dei danni verso il compratore che sapeva essere d'altri e non del venditore la cosa che comprava (art. e arg. art. 1459). Tuttavia il giudice, avuto riguardo alle circostanze può altrimenti decidere, allorchè specialmente la colpa del creditore sia stata una sequela della colpa del debitore. [3]

Al contrario il debitore non è risponsabile dell'inadempimento della sua obbligazione, dipendente da caso fortuito o da forza maggiore (art. 1226). È indifferente che l'obbligazione sia di dare o di fare o di non fare; quindi non è tenuto a verun risarcimento di danni se fu dalla forza maggiore impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato. È indifferente del pari che l'obbligazione fosse unilaterale o bilaterale. [4]

Ma per eccezione, il debitore è risponsabile dei casi fortuiti o di forza maggiore nei tre seguenti casi, cioè:

---

[1] Firenze, 19 giugno 1871, A. V, 1, 280.
[2] Doveri, II, § 273, p. 72, nota 1.
[3] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 102.
[4] Vedi sopra n. 92, per quanto concerne il rischio e pericolo della cosa dedotta in contratto, e la posizione del creditore rispetto al debitore liberato per effetto del caso fortuito.

1° Quando egli abbia formalmente assunto a suo carico il pericolo de' casi fortuiti o ne sia gravato dalla legge (arg. art. 1298 alinea 1°; art. 1691, 1692 e 1811);[1]

2° Quando il caso fortuito o di forza maggiore avvenga dopo che egli (il debitore) è in mora, salvo che provi che la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata (art. 1298 princ. e alinea 1°; art. 893, 1148 e 1809);

3° Quando il caso fortuito o di forza maggiore sia stato preceduto da colpa al debitore imputabile e senza di cui avrebbe potuto esattamente adempiere la sua obbligazione.[2] Così nella soccida semplice il conduttore non è obbligato pei casi fortuiti, se non quando sia imputabile di colpa precedente, senza la quale non sarebbe avvenuto il danno (art. 1672); al contrario il comodatario è risponsabile della perdita avvenuta anche per caso fortuito, se impiega la cosa prestatagli in uso diverso o per un tempo più lungo di quello che dovrebbe; o se l'avrebbe potuta dal caso fortuito sottrarre, surrogandone una propria; o se, non potendo salvare che una delle due, ha preferito la propria (art. 1809 e 1810).

Al debitore appartiene la prova del caso fortuito o di forza maggiore, e al creditore quella della colpa che pretende abbia preceduto il caso fortuito; quindi, se nel caso di soccida sopraricordato, nasca controversia, il conduttore deve provare il caso fortuito ed il locatore la colpa da lui imputata al conduttore (art. 1673).

94. Passando ora alla esecuzione tardiva della obbligazione, ossia alla mora del debitore,[3] noterò innanzi tutto che elemento essenziale di essa è la colpa; bisogna cioè che il

---

[1] Leg. 1, § 35, D. depositi; Leg. 39, D. mandati; Leg. 9, § 2; Leg. 30, § 4, D. locati.

[2] Leg. 18 princ. D. commod.; Leg. 11, § 1, D. locati; Leg. 36, § 1, de rei vind.

[3] Anche il creditore può essere in mora: gli effetti di essa saranno esposti in appresso, parlando dell'offerta del pagamento e del deposito.

debitore sia in colpevole ritardo nell'eseguire l'obbligazione; non potendo darsi risponsabilità senza colpa (art. 1225).[1]

Perchè la mora sia colpevole, si richieggono tre condizioni. È necessario in primo luogo che si tratti di un debito efficacemente esigibile mediante un'azione; altrimenti non è neppur possibile un ritardo, per avere il debitore legittima ragione di rifiutarne il pagamento (art. e arg. art. 1237).[2]

Si richiede in secondo luogo che il debitore sia chiamato dal creditore al pagamento del suo debito, mediante un'intimazione o un altro atto equivalente (art. 1223 alinea).[3]

L'intimazione può esser fatta per atto giudiziale e stragiudiziale; ed equivalgono ad un'intimazione tutti gli atti sufficienti ad interrompere la prescrizione e perciò fra gli altri la ricognizione fatta per iscritto dal debitore, di essere in mora (art. e arg. art. 2125).[4] Finchè quindi non ha avuto luogo l'interpellazione, il debitore non incorre veruna risponsabilità per la ritardata esecuzione della obbligazione.[5]

La interpellazione però non è necessaria, quando nella obbligazione, consistente nel dare o nel fare, sia stato apposto un termine; perchè in tal caso è ritenuto dalla legge, costituito in mora colpevole dalla scadenza del termine, per aver lasciato passare tal giorno senza soddisfare la sua obbligazione (art. 1223).[6]

---

[1] Leg. 5, D. de reb. cred. XII, 1; Leg, 9, § 1 in fine; Leg. 21, D. de usur. et fruct. XXII, 1; Leg. 91, § 3 princ. D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 63, D. de reg. iur. L, 17.

[2] Leg. 88, D. de reg. iur. L, 17; Leg. 54, D. de pact. II, 14; Leg. 40, D. de reb. cred. XII, 1.

[3] Paulus, VIII, § 4 in fine; Leg. 32 princ. D. de usuris et fruct. XXII, 1; Leg. 23 e 24, D. de verb. obl. XLV, 1; C. C. Torino, 6 ott. 1869, B. XXI, 1, 689.

[4] Consulta Toullier, VI, 253; Duranton, X, 441; Larombière, I, art. 1139, n. 16 e 17; Demolombe, XXIV, 527 e 528; Aubry e Rau, IV, § 308, pag. 97.

[5] Consulta Demolombe, XXIV, 516; Aubry e Rau, IV, § 308, pag. 95; *contro* Larombière, I, art. 1146, n. 4; credendo a torto che la interpellazione sia richiesta, come formalità preliminare della dimanda dei danni, e non come condizione dello stesso diritto ai danni.

[6] È noto come fosse comunemente ricevuta dagl'interpreti del diritto romano, la massima *dies interpellat pro homine;* e come da Savigny, sino ad oggi

Ciò è vero, quand'anche il termine sia stato apposto a favore del debitore; perocchè il benefizio di non poter essere convenuto prima della scadenza del termine, non vale ad impedire che egli non sia in colpa, trascurando di soddisfare la sua obbligazione. [1] Non è neppure necessaria, quando l'obbligazione derivi da delitto o da quasi-delitto; perciocchè il fatto stesso rende colpevole ogni ritardo che il debitore frapponga, nell'eseguire la sua obbligazione. [2] Ma se il termine scada dopo la morte del debitore, l'erede non è costituito in mora, se non mediante una intimazione od altro atto equivalente, e dopo il decorso di otto giorni dalla intimazione (art. 1223 princ. e alinea 1°).

Si richiede in terzo luogo che il debitore abbia saputo di dover pagare, e non sia stato inpedito di farlo da una causa estranea, a lui non imputabile; altrimenti la mora non sarebbe colpevole (art. 1225). [3]

---

si continui da molti a seguire; ma da molti altri a combattere come estranea al diritto romano (Vedi Van Wetter, II, § 197, pag. 691 e i moltissimi che *pro* e *contra* cita). Questi limitano la dispensa della intimazione al caso in cui il termine sia stato apposto, *allo scopo di costringere il debitore a pagare precisamente nel giorno convenuto*; ritenendo che in tal caso soltanto vi sia colpa da parte del debitore. Anche però chi la combatte, riconosce che alcune costituzioni di Giustiniano rivelano una tendenza verso tal massima (Maynz, II, § 264 in fine). Il diritto francese ha una disposizione conforme alla dottrina del Savigny e seguaci; sebbene, cosa singolare, sia considerata dagl'interpreti di questo come derogatoria della massima romana (Vedi Marcadè, art. 1139). Il patrio legislatore ha evidentemente sanzionata la massima, romana o no: *Dies interpellat pro homine.*

[1] Di fronte alla disposizione generale ed assoluta dell'articolo 1223, non è possibile veruna eccezione.

[2] Non osta l'articolo 1223, che riguarda solamente le obbligazioni contrattuali. (Vedi Leg. 8, § 1; Leg. 20 in fine, D. de cond. furt. XIII, 1; Leg. 1, § 34 in fine, e 35 in fine, D. de vi, XLIII, 16; Leg. 1, C. de his quae vi, met. II, 20).

[3] Consulta Leg. 42, 63 e 99, D. de reg. iur. L, 17; Leg. 21, 22 e 24 princ. D. de usur. et fruct. XXII, 1; Leg. 13 princ. D. depositi, XVI, 3; Leg. 5 in fine, D. de reb. cred. XII, 1; Leg. 4, § 4 in fine de lege commiss. XVIII, 3; Leg. 9, D. de naut. foenor. XXII, 2; Leg. 23 princ. D. de usur. fruct.

95. I danni dovuti dal debitore, che sia in ritardo di eseguire obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro,[1] consistono sempre, ma solamente, nel pagamento degl' interessi legali, quantunque il creditore li abbia sofferti maggiori, salvo patto speciale. Essi sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita (art. 1251). Però gl' interessi scaduti possono [2] produrre altri interessi o nella tassa legale in forza di giudiziale domanda, non già degl' interessi scaduti, ma degl' interessi di essi, [3] o nella misura che sia stata pattuita in forza di una convenzione posteriore [4] alla scadenza dei medesimi (art. 1232 princ.). [5] Nel primo caso gl' interessi decorrono dal giorno della dimanda; nel secondo dal giorno stabilito dalla convenzione, e in mancanza, dalla data di questa (arg. art. 1233). Questa riproduzione d' interessi *(anatocismo)* mira a procurare al creditore il compenso del ritardato pagamento degl' interessi al modo stesso che l' interesse lo compensa dei danni sofferti per il ritardato pagamento del capitale. L' interesse dovuto per il ritardato pa-

---

[1] La legge considera il solo caso di ritardo nell' eseguire l' obbligazione che ha per oggetto una somma di denaro, perchè non può mai mutarsi per ragione dell' oggetto nell' obbligazione di danni; invero i danni stessi consistono in somme di denaro; d' altra parte se, attesa l' insolvibilità del debitore, non può conseguirsi la somma, come formante oggetto del contratto, come potrà conseguirsi sotto la forma di danni? (Consulta Marcadé, art. 1153).

[2] Questa espressione facoltativa *possono* è adoperata per togliere il divieto della riproduzione degl' interessi, che era in passato pronunziato dalle leggi civili e canoniche. Valga questa avvertenza a non far nascere il dubbio che il giudice abbia la facoltà di accogliere o di rigettare la dimanda dell' interesse e degl' interessi scaduti.

[3] Non basta di domandare gl' interessi compensativi per far correre gl' interessi moratori, che non sono dovuti, nè può dichiararsi dal giudice che siano dovuti, se non quando sono formalmente richiesti (Toullier, VI, 272; Duranton, X, 503; Marcadé, art. 1153; *contro* Mourlon, II, 1152).

[4] Per diritto francese è controverso, se la convenzione debba essere posteriore. Tengono l' affermativa, conforme al diritto romano, Marcadé, art. 1154; Mourlon, II, 1159 che cita Valette; preferiscono la negativa Delvincourt, II, 536; Toullier, VI, 271; Duranton, X, 499.

[5] Consulta Napoli, 7 luglio 1869, B. XXI, 2, 456.

gamento del capitale chiamasi *compensativo*, per distinguerlo dall' altro che chiamasi *moratorio*.

Ma l' interesse convenzionale o legale d' interessi scaduti non comincia a decorrere, se non quando trattasi d' interessi dovuti per un' annata intera; [1] per esempio, se nel 1° gennaio 1868, ti avessi imprestato 50,000 lire con l'interesse del 5 %, non potrò teco convenire o dimandarti giudizialmente che al 1° gennaio 1869 l' interesse delle 2,500 lire, interessi scaduti e non pagati. È indifferente che gl' interessi debbano pagarsi a rate semestrali, trimestrali o mensili; se adunque il prestito fosse stato fatto per meno di un anno, l' interesse non può produrre interessi; chè se per nuova convenzione l'interesse sia capitalizzato e gli si faccia produrre interessi, essa sarà o no valida, secondo che sia sincera o simuli un anatocismo. [2] Questa condizione però non è necessaria, riguardo alle casse di risparmio ed altri simili istituti, quando sia altrimenti stabilito dai rispettivi loro regolamenti (art. 1231 alinea ult. in fine). Non si richiede neppure quando si tratti di rendite scadute, come i fitti, le pigioni ed i frutti maturati delle rendite perpetue o vitalizie; esse quindi producono interessi dal giorno della domanda giudiziale o della convenzione parimente posteriore, se ne debba o no un' annata; perciocchè da una parte non possono assimilarsi agl' interessi, cioè ai frutti prodotti dal denaro; dall' altra parte questa specie di anatocismo non è notevolmente gravoso pel debitore che non deve restituire il capitale, e che alla fin fine impedisce che questi abbia il doppio godimento della cosa e del prezzo che avrebbe dovuto per primo (art. 1233). Medesimamente la stessa condizione non è richiesta, in riguardo ai frutti e agl' interessi pagati da un terzo al creditore a scarico del debitore e che da questo gli debbono essere restituiti; l' interesse de' quali frutti ed interessi è parimente dovuto dal giorno

---

[1] Consulta Delvincourt, II, 536; Duranton, X, 500; Mourlon, II, 1160, che cita Valette.

[2] Consulta Toullier, VI, 274; Duranton, X, 494; Marcadé, art. 1155; Mourlon, II, 1161.

della dimanda giudiziale o della convenzione (art. 1233 alinea). Infine non è richiesta relativamente alla somma eccedente le spese strettamente necessarie erogate dal tutore senza deliberazione del consiglio di famiglia; gl' interessi della qual somma incominciano a decorrere alla scadenza di tre mesi (art. 291 alinea).

Tutto ciò in riguardo ai debiti civili. Nelle materie commerciali l' interesse degl' interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini commerciali (art. 1232 alinea 1°).

La mora, oltre che assoggettare il debitore al risarcimento dei danni, produce ancora quest' effetto speciale nell' obbligazione di consegnare una cosa, di metter cioè questa a rischio e pericolo di lui; quantunque prima della mora si trovasse a rischio e pericolo del creditore (art. 1219 alinea; art. 1247, 1619, 1635, 1845).

La mora vien purgata; ossia rimane senza effetto, per rinunzia espressa o tacita che il creditore faccia, al diritto di prevalersene. Ne viene poi arrestato il corso coll' offerta reale debitamente fatta.

96. Il creditore, oltre il diritto principale ed accessorio di cui si è finora discorso, gode di altri diritti, e specialmente *a)* del diritto di prendere provvedimenti conservativi; *b)* di esercitare i diritti e le azioni del debitore; *c)* d' impugnare gli atti fatti da questo in frode delle sue ragioni. Questi diritti sogliono chiamarsi *ausiliari*, servendo al creditore quasi di sussidio per il conseguimento di quanto gli è dovuto, ossia dell' esecuzione precisa ed esatta dell' obbligazione e in mancanza del risarcimento de' danni.

Pertanto il creditore, può in primo luogo, prendere non solo tutti i provvedimenti intesi alla conservazione e sicurezza del suo credito; ma anche le misure conservatrici del patrimonio del suo debitore; inquantochè questo sta garante della soddisfazione del suo credito (art. e arg. art. 1948). [1] Quindi pel primo capo può dimandare esempligrazia, che il debitore rico-

---

[1] Melius est iura intacta servare quam, vulnerata causa, remedium quaerere (Vedi art. 516 alinea 1°).

nosca la sua firma, o gli rilasci un nuovo documento giusta la disposizione dell'articolo 2136. Pel secondo capo può interrompere la prescrizione; prendere iscrizioni ipotecarie; trascrivere gli atti stipulati col debitore; chiedere l'apposizione e rimozione di sigilli; la separazione de'patrimoni (art. 2054); la confezione d'inventari; può opporsi alla divisione dei beni mobili ereditari (art. 987), e fare altri simili atti. Del pari può intervenire nei giudizi promossi contro il suo debitore; semprechè vi abbia un legittimo e reale interesse. [1]

Qualunque sia il provvedimento conservativo, può prendersi dal creditore, tanto se il suo credito sia puro e semplice, quanto se sia condizionale o a termine (art. 1171).

97. In secondo luogo il creditore per garanzia de'suoi interessi personali, può prendere a nome del suo debitore, tutti i provvedimenti atti a conservare i diritti di quest'ultimo (arg. art. 1948).

Può inoltre per il conseguimento di quanto gli è dovuto, esercitare a nome del debitore tutti i diritti e tutte le azioni, a questo appartenenti (art. 1234); inquantochè i beni del medesimo sono la garantía comune de'suoi creditori (art. 1948 e 1949).

Per regola il creditore può esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore (art. 1234). Questa regola però va soggetta a due eccezioni. Perciocchè in primo luogo il creditore non può esercitare i diritti e le azioni del suo debitore che non contengono interesse pecuniario e attuale, ossia attualmente valutabile in denaro. In secondo luogo non può esercitar quelli che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore, quelli cioè che o per natura loro o per disposizione speciale di legge, o per analogia risultante da tale disposizione, o per il motivo o lo scopo, per cui sono stati accordati non possono esercitarsi se non dal debitore, o de'quali almeno niuno può valersi contro la volontà di lui. [2] Tali sono fra gli altri, i di-

---

[1] Consulta Larombière, I, art. 1666, n. 34; Demolombe, XXV, 97; Aubry e Rau, IV, § 311, pag. 116 e 117.

[2] Consulta Demolombe, XXV, 56, 78-80; Aubry e Rau, IV, § 312, pag. 123 testo e nota 23.

ritti accordati ai genitori sulla persona de'loro figli; l'azione di reclamo di stato pura e semplice e non mista ad interesse pecuniario; le dimande di nullità di matrimonio per causa relativa e di separazioni personali e di separazione di beni; il diritto agli alimenti in virtù della legge; la facoltà di accettare una donazione; le azioni di rivocazione delle donazioni per causa d'ingratitudine, e di danni per delitti contro le persone; i diritti di uso e di abitazione; il diritto di eseguire un mandato legale o convenzionale; ammenochè sia stato conferito nell'interesse del mandatario; e altri simili atti. [1] Al contrario tali non sono i diritti di usufrutto ordinario; [2] i diritti del marito sui frutti dei beni parafernali della moglie; l'azione di petizione di eredità, benchè connessa con questione di stato; il diritto di domandare la riduzione delle disposizioni testamentarie e la collazione; il diritto di domandare la esclusione delle persone incapaci o indegne della successione; le azioni appartenenti all'erede beneficiato in tale qualità; il diritto di domandare la dichiarazione di assenza e l'immissione al possesso; le azioni di contestazione di legittimità e di denegata paternità; in quanto competono agli eredi del marito; le azioni di rivocazione della donazione per causa d'inesecuzione delle condizioni; l'azione di danni nascenti dai delitti contro la proprietà; le azioni di nullità e di rescissione delle obbligazioni, benchè fondate sull'errore, la violenza e il dolo di cui il creditore sia stato la vittima, o sull'incapacità di quest'ultimo. [3]

Ma il creditore non può esercitar tali diritti e azioni, se non quando il debitore trascuri o si rifiuti di esercitarli egli medesimo. Se questi vi abbia rinunziato, il creditore non può

---

[1] Consulta intorno a queste varie proposizioni Duranton, III, 160 e X, 563; Marcadè, art. 166; Demolombe, XXV, 60 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 312, pag. 124-126; Larombière, I, art. 1166.

[2] Quanto ai diritti dei creditori sull'usufrutto legale dei genitori vedi II, n. 322.

[3] Consulta intorno a queste diverse proposizioni Marcadé, art. 1166; Larombière, I, art. 1166; Demolombe, XXV, 82 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 126-129.

esercitarli, che dopo fatto annullare la rinunzia, come lesiva delle sue ragioni (art. e arg. art. 949). Inoltre non può esercitarli se non sotto la condizione della esigibilità del suo credito, e sino alla concorrenza dell'importanza di questo (art. e arg. art. 949).

Il creditore può fare gli atti intesi a conservare il patrimonio del suo debitore, senza il concorso di questo, e l'autorizzazione giudiziaria. L'esercizio però di tali atti non priva il debitore del diritto di disporre del suo patrimonio, salva al creditore la facoltà di far rivocar l'atto di disposizione, se fatto in frode delle sue ragioni. Dall'altra parte, il terzo contro cui tali atti siano diretti, può chiedere l'intervento in causa del debitore, nel cui nome quelli sono fatti.

Ma quando invece il creditore mira a privare il debitore di un diritto o di un'azione e di assicurarsene il benefizio di fronte a questo e ai terzi, esercitandola a nome del debitore, deve dimandare contro di questo la surrogazione giudiziaria. Egli non può richiederla che in quanto il suo credito sia esigibile, e soltanto per l'ammontare di questo. Benchè surrogato giudizialmente, il creditore non può esercitare i diritti e le azioni del debitore, se non a nome di questo. Ma la notifica che egli faccia, della surrogazione ottenuta, o della dimanda di questa, priva i terzi ai quali è stata fatta, della facoltà di pagare al debitore; e toglie a questo il diritto di disporre dei diritti e delle azioni, che formano l'obbietto della surrogazione. Identici effetti sono prodotti con maggior ragione, dall'esercizio dell'azione contro i terzi, in seguito alla surrogazione.

Ma la notifica della surrogazione non pregiudica gli altri creditori del debitore; a differenza dell'effetto che a tale riguardo produce la intimazione della cessione. Al contrario il benefizio del diritto o dell'azione che forma l'obbietto della surrogazione, deve essere diviso per contributo fra i creditori surrogati; salvo che alcuno di essi non abbia qualche causa di prelazione. [1]

---

[1] Aubry e Rau, loc. cit.

Il creditore surrogato deve promuovere il giudizio al tempo stesso contro e il debitore e i terzi; promovendolo contro questi ultimi solamente, la sentenza favorevole che ottenesse, non potrà essere da lui opposta nè al debitore, nè agli altri creditori. Alla lor volta i terzi non potrebbero valersi nè contro il debitore nè contro gli altri creditori della sentenza pronunziata a favor loro; perciocchè il creditore surrogato nell'azione del debitore, esercitandola per suo proprio diritto e nel suo personale interesse, non può essere considerato come mandatario e rappresentante del debitore. [1]

Poichè da una parte il creditore deve esercitare i diritti e le azioni del debitore, a nome di questo; e dall'altra la notifica della surrogazione o della dimanda di questo, o l'esercizio di dette azioni contro i terzi fissa in certa guisa lo stato dei rapporti di tutti gl'interessati, il creditore medesimo è soggetto a tutte le eccezioni che si sarebbero potute opporre al debitore medesimo; semprechè procedano da una causa anteriore alla notifica o all'esercizio suddetto. Ma al contrario non gli possono essere opposte nè le eccezioni procedenti da una causa posteriore, nè le sentenze pronunziate su dimande promosse del pari posteriormente.

Queste regole peraltro non sono applicabili nel caso, in cui il creditore goda in suo proprio nome, di un'azione diretta contro la persona che potrebbe egualmente convenire a nome del suo debitore; tal è per esempio, il caso del locatore, rispetto al subconduttore (art. 1574); dei muratori, falegnami ed altri artefici, rispetto a colui che commise un'opera ad un imprenditore (art. 1645). In questi e in tutti gli altri simili casi, nei quali un vincolo giuridico obbliga direttamente verso il creditore quello che si trova egualmente obbligato verso il debitore, il creditore medesimo non è tenuto ad ottenere la sur-

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Cassation, n. 8; Proudhon, De l'usufr. 2300; Demolombe, XXV, 224-227; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 122 testo e nota 18; *contro* Larombière, I, art. 1166, n. 20 e V, art. 1351, n. 126; rispetto alla prima delle due decisioni.

rogazione; nè fare gli altri creditori partecipi del benefizio della sua azione. [1]

98. Possono pure i creditori, tanto chirografari, quanto ipotecari, impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni (art. 1235). Importa di guardarsi a non confondere quest' azione con quella mediante cui i creditori possono dimandare che siano dichiarati simulati, e non veri in tutto o in parte gli atti fatti dai loro debitori, e la cui esecuzione può ai medesimi arrecare pregiudizio; perciocchè la dimanda di risoluzione degli atti simulati non è subordinata alle condizioni che abbiano prodotto o aggravato l' insolvibilità del debitore, e che i crediti degli attori siano anteriori ad essi. [2]

L' azione con cui s' impugnano gli atti fatti in frode dei creditori si chiama *rivocatoria* o *pauliana*. [3] Essa ha per fondamento or la regola che niuno deve arricchirsi a detrimento altrui; or l' altra che ognuno è risponsabile del danno che ha cagionato pel fatto proprio. Invero senza il sussidio di tale azione i terzi si arricchirebbero a detrimento dei creditori di colui col quale hanno stipulato atti; e quando avessero fatto accordo frodolento col debitore, cagionerebbero danno col fatto proprio ai creditori medesimi.

L' azione pauliana è personale, quand' anche con essa s' impugni un atto di alienazione di beni immobili.

Due sono le condizioni necessarie per l' ammissibilità di quest' azione. Perciocchè è necessario in primo luogo che l' atto sia di pregiudizio ai creditori (art. 1235). [4] Perchè l' atto sia

---

[1] Consulta Duranton, X, 547; Larombière, I, art. 1166, n. 27 e 29; Demolombe, XXV, 134-141; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 122-123.

[2] Consulta C. C. Napoli, 4 dicembre 1866, B. XVIII, 1, 874; C. C. Torino, 21 marzo 1868, B. XX, 1, 296.

[3] Quest' azione fu introdotta nel diritto romano da un Pretore Paolo, da cui fu chiamata *Pauliana* (Consulta Leg. 1, D. Quae in fraud. credit. X; Leg. 38, 1, D. de usur. et fruct. XXII, 1).

[4] Potrebbe sembrare ad alcuno che l' articolo 1235 non richiegga la condizione del pregiudizio; ma è chiaro che non può neppure concepirsi un atto fatto in frode delle ragioni dei creditori, se non le pregiudichi.

di pregiudizio ai creditori debbono concorrere tre condizioni. Primieramente si richiede che il debitore abbia diminuito il suo patrimonio almeno di tanto, che i beni rimastigli siano insufficienti pel pagamento dei debiti che ha verso l'attore; o in altri termini, che abbia causato o aggravato l'insolvibilità del debitore; [1] altrimenti il creditore manca d'interesse per impugnar l'atto; e il terzo che fosse da lui convenuto, potrebbe eccepirgli che escuta i beni del debitore; semprechè giusta un'opinione abbastanza equa e probabile, non siano di escussione soverchiamente difficile, e in specie non siano litigiosi o situati in paesi stranieri. [2] Non possono quindi impugnarsi tutti gli atti che abbiano per oggetto la soddisfazione di obbligazioni che gravino sul patrimonio medesimo, quand' anche siano naturali [3] o a termine; in quest' ultimo caso però il creditore soddisfatto deve restituire il profitto che avrebbe ritratto dal pagamento anticipato. [4] Per quanto concerne gli effetti, deve assimilarsi alla diminuzione effettiva del patrimonio la rinunzia ai diritti, con cui il debitore l'avrebbe potuto accrescere (arg. art. 949 e 2112). [5] Anzi può considerarsi pregiudizievole anche l'atto con cui il debitore mira solamente a diminuire la garantía

---

[1] Vedi Leg. 10, § 1; Leg. 15 e 16, D. quae in fraud. XLII, 8; Delvincourt, II, par. II, p. 376; Toullier, VI, 344 e seg.; Duranton, X, 572.

[2] Delvincourt, Dissertation, Sirey 36, 1, 346; Capmas, Des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier; Aubry e Rau, III, 88, nota 7.

[3] Questa decisione, approvata da molti interpreti del diritto romano, e contraddetta da altri, reputo che sia ammissibile nel patrio diritto.

[4] Consulta Leg. 10, § 12; Leg. 17, § 2, D. quae in fraud. cred. XLII, 8. — V'ha chi crede che nel caso del pagamento anticipato debba il creditore restituire l'intero (Vedi Van Wetter, I, § 222, pag. 810, nota 5).

[5] Il diritto romano stabiliva diversamente (Leg. 6 princ. § 1-5, D. quae in fraud. cred.), salva l'eccezione a favore del fisco (Leg. 45 princ. de iure fisc. XLIX, 14). V'ha chi tale decisione applica nel diritto francese (Marcadé, art. 1167; Mourlon II, 1178) ma i più sono di contrario avviso (Toullier, VI, 369 e 370; Duranton, X, 569 e 570; Proudhon, De l'usufruit, V, 2368; Aubry e Rau, III, 89 testo e nota 12). Che questa seconda dottrina sia più conforme alla legge patria, non può dubitarsene, stanti le disposizioni dei citati articoli 949 e 2112, le quali altrimenti formerebbero un' anomalia ingiustificabile.

dei creditori; come la vendita di un immobile, fatta per giusto prezzo ma collo scopo di sottrar questo alle azioni dei creditori. [1] Molto più è pregiudizievole la vendita fatta per un prezzo inferiore al vero. [2] Si richiede in secondo luogo che il pregiudizio risulti dall'atto che viene impugnato, ossia che l'atto medesimo abbia causato o aggravato l'insolvibilità del debitore, diminuendone il patrimonio; attalchè se l'insolvibilità sia sopravvenuta per qualunque altra cagione, quell'atto era e rimane inoppugnabile; perocchè da una parte nonostante la stipulazione dell'atto, le ragioni del creditore continuarono a trovarsi sufficientemente garantite; dall'altra parte la sopravvenuta insufficienza di garantía non può nè deve nuocere a chi non v'ebbe parte. [3] Infine si richiede che il credito per ragion del quale s'impugna l'atto coll'azione pauliana, sia di data anteriore a questo; perchè altrimenti l'azione manca di base, non potendo essere stati compresi nella garantía di tal credito i beni che anteriormente erano usciti dal patrimonio del debitore. [4] Ma non si richiede che il credito abbia acquistato data certa anteriore a quella dell'atto impugnato per una delle circostanze indicate dall'articolo 1326; l'anteriorità può provarsi con gli opportuni mezzi di prova. [5] Tuttavia se l'atto anteriore al credito sia stato evidentemente fatto con l'intendimento di frodare colui verso il quale poco appresso si sarebbe quel credito contratto, l'azione pauliana sarà anche in questo caso esperibile. [6]

Per seconda condizione si richiede che l'atto il quale ha arrecato pregiudizio ai creditori, sia stato fatto con frode. Trattandosi di atti a titolo oneroso, la frode deve risultare dal canto

---

[1] Proudhon, op. cit. V, 2362; Aubry e Rau, II, 90.

[2] Lucca, 11 febbraio 1871, A. V, 2, 292.

[3] Duranton, X, 570; Aubry e Rau, III, 88; Marcadé, art. 1167, II; Mourlon, II, 1174; Precerutti, II, n. 758, p. 228, nota 2.

[4] Leg. 10, § 1; Leg. 15 e 16, D. eod.; Delvincourt, II, part. II, p. 526; Toullier, VI, 351; Duranton, X, 573; Aubry e Rau, III, 88; Marcadé, art. 1167, VI; Casale, 1 maggio 1867, B. XIX, 2, 222.

[5] Consulta Aubry e Rau, III, 89, testo e nota 11, n. 758, p. 228, nota 2.

[6] Marcadé, loc. cit.; Mourlon, II, 1181.

di ambidue i contraenti (art. 1235 alinea 1°). [1] Di conseguenza il creditore in tale ipotesi, deve provare, oltre il pregiudizio arrecatogli *(eventus damni)*, l'intenzione del debitore di frodarlo *(consilium fraudandi ex parte debitoris)* e la complicità del terzo in cotesta frodolenta intenzione *(fraudis non ignorantia ex parte tertii)*. L'intenzione frodolenta del debitore si presume, quando abbia fatto l'atto pregiudizievole alle ragioni dei creditori, sciente di essere già o di divenire insolvibile per tale atto; [2] questa scienza si deve facilmente ammettere, essendo inverosimile che alcuno ignori sino a tal punto, lo stato dei propri affari. [3] La complicità poi del terzo risulta in generale, dalla circostanza che egli conosceva l'insolvibilità del debitore; nel mentre trattava con questo. [4] Tuttavia i pagamenti fatti e le ipoteche concesse da un debitore insolvibile a vantaggio di uno de' suoi creditori non possono essere impugnati per il solo fatto che questi gli accettò, sciente dell'insolvibilità di quello; si richiede inoltre che risulti dalle circostanze che quegli atti furono fatti non tanto nell'interesse legittimo di quel creditore, quanto nell'intendimento frodolento di sottrarre una parte dei beni del debitore alle azioni degli altri creditori. Altrettanto dicasi dei debiti nuovi che il debitore, divenuto insolvibile, contragga. [5] Del resto la frode può provarsi con tutti i mezzi, nessuno escluso.

Ma per gli atti a titolo gratuito, basta che la frode sia intervenuta per parte del debitore, *consilium fraudandi ex parte debitoris* (art. 1235 aliena 1° in fine); [6] perocchè in questo caso

---

[1] Consulta Leg. 1 princ.; Leg. 6, § 8; Leg. 10 princ. e § 2-5, 7-8, D. quae in fraud.; Leg. 25, D. de reb. auct. iud. poss. XLII, 5.

[2] Leg. 15, D. eod.; Toullier, VI, 349; Capmas, n. 3 e 4; Aubry e Rau, III, 91.

[3] Leg. 17, § 1, D. eod.; Proudhon, op. cit. 2358; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Leg. 6, § 8; Leg. 10, § 2 e 8, D. eod.; Aubry e Rau, III, 91.

[5] Leg. 10, § 13, Leg. 13, 22, 24 e Leg. 3 princ. D. eod.; Leg. 1, § 2 e 5, D. de separat.

[6] Consulta Leg. 10 princ.; Leg. 6, § 11; Leg. 17, § 1 in fine; Leg. 25 princ. D. Quae in fraud.; Leg. 5, C. de revoc. his, quae in fraud. VII, 75. — Con

trattasi pel terzo *de lucro captando* e pel creditore *de damno vitando;* mentre al contrario negli atti a titolo oneroso i terzi ed i creditori trovansi in pari condizione di evitare il danno: se quelli sono in frode è giusto che ne sopportino le conseguenze, non dovendo la frode pregiudicare ad altri che all'autore; se sono di buona fede, meritano di essere preferiti come possessori; dall'altra parte i creditori imputino a sè di aver riposto nel debitore maggior fede di quella che meritava. Trattandosi quindi di atto a titolo gratuito, il creditore che agisce colla pauliana, è tenuto a provare due cose solamente, cioè *a*) il pregiudizio che gli cagiona l'atto a titolo gratuito fatto dal suo debitore, *b*) l'intenzione frodolenta che questi ha avuto di arrecar pregiudizio alle sue ragioni. Non è però indifferente che i terzi acquirenti a titolo gratuito siano partecipi o no della frode del debitore, riguardo agli effetti del possesso, i quali com'è notissimo, variano, secondo che questo siasi avuto in buona o in mala fede.

99. Coll'azione pauliana non possono impugnarsi indistintamente tutti gli atti fatti dal debitore; ma quelli soltanto, per la cui rivocazione rinascono diritti e azioni il cui esercizio non sia interdetto ai creditori; perciocchè altrimenti la rivocazione non approderebbe nulla ai medesimi. Quindi esempligrazia, non può la detta azione ammettersi nè contro la rinunzia al diritto di rivocare per ingratitudine una donazione; nè contro la tacita rinunzia dell'usufrutto legale per emancipazione.

100. Ogni creditore le cui ragioni sono state lese, può valersi di tale azione. [1] Può valersene anche un creditore ipotecario, sebbene gli competa eziandio l'azione ipotecaria; perciocchè non esiste fra queste due azioni veruna incompatibilità, stante la diversa loro natura e il diverso scopo cui mirano. [2]

---

questa disposizione conforme al diritto romano, il nostro Legislatore ha risoluto la questione che si agita fra gl'interpreti del Codice napoleonico.

[1] Vedi numero precedente versic. *Tuttavia se l'atto.*

[2] Lucca, 11 febbraio 1871, A. V, 2, 292.

Il creditore ha diritto di valersi della pauliana in nome proprio (art. 1235); e non possono perciò essergli opposte le eccezioni personali del debitore (arg. *a contr.* art. 1234). Ma non può valersene che sino alla concorrenza del suo credito (art. e arg. art. 949). Possono valersene eziandio i suoi eredi;[1] ma giammai il debitore, che rimane efficacemente vincolato dall'atto (art. 1235).[2]

Può esser diretta contro i terzi che abbiano stipulato atti col debitore in frode delle ragioni del creditore di questo; e contro i loro eredi per l'intero e non già sino alla concorrenza del profitto che a loro può esser pervenuto.[3] Ma non può farsi valere contro gli aventi causa a titolo particolare dai terzi medesimi (arg. art. 1235);[4] anch'essi però possono essere esposti a subire gli effetti della rivocazione pronunziata contro i loro autori. Ma quelli, contro i quali l'azione pauliana sia diretta, possono arrestarne il corso, soddisfacendo le ragioni dell'attore (arg. art. 1642).[5]

101. L'azione pauliana, come si è detto, ha per obbietto la riparazione del pregiudizio arrecato dal debitore alle ragioni de' suoi creditori con atti frodolenti. Ciò consegue colla rivocazione di questi atti. Ma nella misura della esigenza del suo fine, essa con tale rivocazione non ristabilisce le cose *in pristinum* così fattamente che i beni formanti materia dei medesimi rientrino nel patrimonio del debitore, come se da questo non fossero mai usciti; ma soltanto per rendere possibile ai

---

[1] Leg. 10, § 25 princ. D. Quae in fraud. credit.

[2] La legge dà limitatamente ai creditori il diritto d'impugnar l'atto (Vedi Leg. 4, C. de revocan. his, quae in fraud.).

[3] Gli eredi dei terzi che avevano stipulato atti frodolenti col debitore, non erano tenuti che *usque ad emolumentum;* perchè la pauliana in quanto mirava a reprimere una frode, aveva un carattere penale (Vedi Leg. 10, § 25 in fine; Leg. 11, D. quae in fraud.; Van Wetter, I, § 222, pag. 812). Ma tale decisione non è conciliabile col testo dell'articolo 1235; d'altra parte appresso di noi l'azione rivocatoria o pauliana ha un carattere meramente civile.

[4] Vedi Leg. 9, D. Quae in fraudem cred.

[5] Duranton, X, 573; Mourlon, II, 1184.

creditori l'esercizio del diritto di garantía sui detti beni, come se gli atti menzionati non fossero stati fatti.

In conseguenza di tal principio la rivocazione anzidetta non giova che ai creditori pregiudicati dagli atti frodolenti [1] e che sono stati parti nel giudizio di rivocazione. [2] Ma quelli che pregiudicati, non sono stati parti in cotale giudizio, possono alla lor volta sperimentare la stessa azione. Possono valersi di tale facoltà finchè il prezzo dei beni alienati non sia stato distribuito ai creditori attori. [3] Ma ove si trattasse di altri atti frodolenti non rivocati, dovrebbero applicarsi le regole generali, come se il primo giudizio di rivocazione non avesse avuto luogo.

Ma la rivocazione dell'atto non produce in verun caso effetto a danno dei terzi, non partecipi della frode, i quali hanno acquistato a titolo oneroso diritti sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della dimanda di rivocazione (art. 1933 3° e 1942). Se furono partecipi della frode, debbono giustamente subire le conseguenze della rivocazione dell' atto stipulato dal debitore col loro autore. Ma se i terzi acquistarono cotali diritti a titolo gratuito, sentono gli effetti della rivocazione medesima, benchè non siano stati partecipi della frode (art. e arg. art. 1235 alinea ult. comb. coll' alinea 1°). Se la rivocazione dell'atto non potesse richiedersi contro il terzo che stipulò l'atto col debitore, per non essere stato partecipe della frode; gli aventi causa da lui a titolo sia oneroso, sia gratuito, non sono

---

[1] Mourlon, II, 1183, che cita Valette; Aubry e Rau, IV, § 313, pag. 143, testo e nota 43; Demolombe, XXV, 263-268; Larombière, I, art. 1167, n. 62; *contro* Marcadé, art. 1167, VI; Precerutti, II, n. 759, p. 229, nota 1, in quanto che sono d'avviso, doversi considerare le cose che formavano materia degli atti rivocati, come rientrate nel patrimonio del debitore, e doversi perciò distribuire fra tutti i creditori, non esclusi quelli non pregiudicati per essere i loro titoli di data posteriore ai medesimi.

[2] Consulta Demolombe, XXV, 267; Aubry e Rau, IV, § 313, pag. 142 testo e nota 41; *contro* Larombière, I, art. 1167, n. 62.

[3] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 144.

soggetti alla rivocazione, quand'anche sapessero che il debitore stipulò quell'atto in frode delle ragioni de'suoi creditori.

L'azione pauliana non si prescrive se non col decorso di trent'anni che incominciano a decorrere dal giorno in cui fu fatto l'atto frodolento, per quanto tardivamente il creditore abbia scoperto la frode (art. 2135).[1]

CAPO IV.

DEI MODI CON CUI SI ESTINGUONO LE OBBLIGAZIONI

SOMMARIO

102. Enumerazione dei modi generali, con cui si estinguono le obbligazioni — Indicazione dei modi speciali, con cui si estinguono determinate obbligazioni.

102. I modi con cui si estinguono le obbligazioni sono nove, cioè: il pagamento; la novazione; la remissione del debito; la compensazione; la confusione; la perdita della cosa dovuta; l'annullamento e la rescissione; l'effetto della condizione risolutiva, e del termine; la prescrizione.

Non v'ha altro modo generale con cui si estinguano le obbligazioni; particolarmente non si estinguono per la morte nè del creditore, nè del debitore; passando al contrario attivamente e passivamente agli eredi dell'uno e dell'altro; ammenochè altrimenti sia disposto dalla legge, come nella tutela, nel mandato e nella società; o sia stabilito dal titolo dell'obbligazione, come nella rendita vitalizia. Ma v'hanno poi parecchi modi speciali di estinzione delle obbligazioni; così per esempio, le obbligazioni che l'ufficio di tutela impone al tutore

[1] Proudhon, op, cit. V, 2401 e seg.; Precerutti, II, n. 759; Marcadé, articolo 1167, VII; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 144; Larombière, I, art. 1167, n. 54; Demolombe, XXV, 241-242; *contro* Duranton, X, 585; Taulier, IV, pag. 314; Vazeille, Des prescriptions, II, 134; secondo i quali l'azione pauliana si dovrebbe prescrivere, come le azioni di nullità e di rescissione dei contratti, cioè con dieci anni giusta il Codice napoleonico e cinque a norma del nostro.

si estinguono, non solo con la maggiore etá o l'emancipazione del minore, ma anche colla destituzione e la scusa del tutore; del pari le obbligazioni del mandatario si estinguono eziandio colla rinunzia o la revoca del mandato.

Dell' effetto della condizione risolutiva si è parlato, esaminando la specie delle obbligazioni condizionali. [1] Medesimamente nei luoghi opportuni si è discorso o si verrà discorrendo, dello spirare del termine, come modo estintivo delle obbligazioni contratte per un dato tempo. Della prescrizione si parlerà nell' ultimo titolo di questo libro, in quanto è anche modo di acquistare.

Resta perciò che in questo capo trattiamo degli altri sette modi con cui si estinguono le obbligazioni, distribuendo la materia in sette sezioni.

SEZIONE I.

DEL PAGAMENTO

SOMMARIO

103. Che cosa sia il pagamento — Che cosa presuppone: un debito — Delle persone che necessariamente intervengono in un pagamento — Di quella che lo fa — Deve esser fatto dal debitore — Può esser fatto da un interessato — Può esser fatto anche da un terzo non interessato — Si svolgono le regole che governano quest' ultima ipotesi.

104. Della capacità giuridica che deve possedere quegli che fa il pagamento; nel caso che questo abbia per oggetto il trasferimento della proprietà — *Quid iuris*, se era incapace? — *Quid*, se essendo capace, ha dato però una cosa non sua? — *Quid*, se il pagamento non avea per obbietto il trasferire la proprietà?

105. Delle condizioni che debbono concorrere per la validità del pagamento, rispetto alle persone, alle quali è dovuto — Prima condizione; che sia fatto al creditore o al suo legittimo rappresentante — *Quid*, se sia stato fatto a persona diversa? — Delle eccezioni a cui è soggetta questa regola — Seconda condizione; che il creditore sia capace di ricevere il pagamento — Quale capacità sia per ciò richiesta — *Quid*, se il pagamento sia stato fatto a persona incapace?

106. Della cosa che deve esser pagata: deve esser pagata la cosa che forma obbietto della obbligazione — Il debitore può pagare una cosa per un'altra contro la volontà del creditore? ove questi vi acconsenta, ha luogo la *datio in solutum* — Che cosa questa presupponga — In quale stato il debitore di una cosa determinata deve consegnarla al creditore — Se e quando sia risponsabile dei deterioramenti in essa avvenuti — *Quid* del pagamento in denaro, rispetto al corso e al valor nominale di questo?

107. Del modo, tempo, luogo e carico delle spese del pagamento — Deve esser fatto per intero: questa regola è soggetta ad eccezioni? — Il pagamento deve esser fatto nel

---

[1] Vedi sopra n. 36.

termine fissato dal titolo costitutivo dell'obbligazione — Può esser fatto prima? — Il creditore può essere costretto a ricevere il pagamento prima del verificarsi della condizione? — *Quid*, se il tempo del pagamento sia stato rimesso alla volontà del debitore? — *Quid*, se non sia stato fissato verun termine? — Il pagamento deve esser fatto nel luogo stabilito dal titolo costitutivo della obbligazione — *Quid*, se siano stati indicati due luoghi? — *Quid*, se non sia stato fissato il luogo del pagamento? — Le spese del pagamento sono a carico del debitore.

108. Dell'effetto del pagamento: estingue l'obbligazione in modo assoluto.

109. Della surrogazione per effetto di pagamento — Che cosa essa sia; e di quante specie: convenzionale e legale — Della surrogazione convenzionale consentita dal creditore — Quando abbia luogo — Quali condizioni per essa si richieggano — Prima condizione: deve esser fatta in modo espresso: in qual forma può esser fatta — Seconda condizione: deve esser fatta contemporaneamente al pagamento — Delle differenze che passano fra il pagamento con surrogazione e la cessione — Conseguenze — Criteri per riconoscere se un atto costituisca pagamento con surrogazione o cessione.

110. Seguito — Della surrogazione consentita dal debitore — Quando abbia luogo — Quali condizioni si richieggono per la medesima — Prima condizione: l'atto di prestito e di quietanza debbono aver data certa — Seconda condizione: dichiarazioni da farsi nell'atto di prestito che la somma si prende a prestito per pagare il debito: e nell'atto di quietanza che il pagamento è stato fatto coi denari somministrati a tal effetto dal nuovo creditore — Non si richiede verun'altra condizione.

111. Della surrogazione legale — Persone alle quali la legge accorda la surrogazione.

112. Degli effetti della surrogazione sia convenzionale, sia legale: essa fa subentrare il surrogato in tutti i diritti e in tutte le azioni del creditore tanto contro il debitore, quanto contro i terzi personalmente o ipotecariamente obbligati alla soddisfazione del debito — In qual misura questo effetto si produca nella surrogazione legale — Lo stesso effetto può essere modificato nella surrogazione convenzionale — Sino alla concorrenza di qual somma, il surrogato può valersi dei diritti e delle azioni del creditore soddisfatto? — *Quid iuris*, se il credito che si volle soddisfare col pagamento con surrogazione non sussisteva? — La surrogazione può nuocer mai al creditore?

113. Della imputazione dei pagamenti — Che cosa sia — Quando si faccia luogo alla medesima — Chi abbia diritto di farla: il debitore — Regola moderatrice dell'esercizio di tale diritto — In mancanza del debitore, la imputazione si può fare dal creditore — In mancanza di entrambi è fatta dalla legge.

114. Dell'offerta del pagamento e del deposito che possono farsi dal debitore, in luogo del pagamento che il creditore si rifiuta di ricevere — Delle condizioni richieste per la validità delle offerte, quando si tratti di pagamento da farsi in denaro — Delle condizioni necessarie per la validità del deposito del denaro offerto e non accettato dal creditore.

115. Della offerta reale e del deposito; quando sia dovuta una cosa diversa del denaro.

116. Degli effetti della offerta reale: autorizza il debitore a liberarsi mediante il deposito: impedisce la decadenza dei diritti: può servir di mezzo per purgar la mora, in cui alcuno sia caduto — Dell'effetto del deposito — Libera il debitore: conseguenze rispetto agl'interessi e al pericolo della cosa depositata — La cosa depositata non passa in proprietà del creditore: conseguenze in ordine alla facoltà del debitore di ritirare il deposito — Fino a quando e sotto quali condizioni egli gode di tale facoltà? — *Quid iuris*, se il debitore ritira il deposito? il debito rivive con tutti i suoi accessori — *Quid*, se il debitore abbia perduto tale facoltà; e nondimeno il creditore gli permette di ritirare il deposito?

117. Chi deve sopportare il carico delle spese della offerta reale o del deposito?

103. Il pagamento è la prestazione della cosa che costituisce l'oggetto dell'obbligazione, *praestatio eius quod est in*

obligatione. [1] Ogni pagamento adunque presuppone un debito; dimodochè ciò che è pagato senza essere dovuto, può ripetersi (art. 1237). [2]

In ogni pagamento intervengono necessariamente due persone; l'una che lo fa, l'altra che lo riceve.

Il pagamento deve esser fatto dal debitore; ma può esser fatto eziandio da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato, da un fideiussore (art. 1238), e dal terzo detentore dell'immobile ipotecato (art. 2013).

Più ancora: può esser fatto da un terzo che non vi ha interesse; è necessario però che questi agisca in nome e per la liberazione del debitore; per esempio, nella qualità di suo mandatario o di gestore de'suoi affari. Il terzo può anche agire in nome proprio; ma in tal caso non può pretendere dal creditore che lo surroghi nei suoi diritti e azioni; poichè la surrogazione, se non è accordata dalla legge, non può essere che un atto di libera volontà di colui che dovrebbe farla; [3] ma il creditore può senza dubbio concedergliela (art. 1252 1°). [4]

Il debitore non può opporsi al pagamento che il terzo voglia fare, mancando d'interesse ad impedire un atto a lui

---

[1] Leg. 176, D. de verb. sign. — Nel linguaggio volgare la parola *pagamento* ha un senso più limitato, indicando lo sborso della moneta; nel linguaggio giuridico ha lo stesso significato che la voce *solutio* de' romani, presa in senso limitato; perocchè è noto che in senso generalissimo *solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam* (Vedi Leg. 45 e 54, D. de solut. et liber.; Leg. 176, D. de verb. signif.).

[2] Vedi sopra n. 80; vedi pure Torino, 18 gennaio 1867, B. XIX, 2, 30.

[3] Arg. Leg. 2, D. de reg. iur. L, 17.

[4] Il versic. finale dell'articolo 1236 del Codice napoleonico: *pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier;* ha dato luogo a grandi controversie fra gl' interpreti francesi, ed è stato variamente interpretato (Vedi fra gli altri Duranton, XII, 15; Marcadé, art. 1236, II; Larombière, III, art. 1236, n. 8; Mourlon, De la subrogation, pag. 195 e seg.; Demolombe, XXVII, 63 e seg.). Identica essendo la disposizione finale del nostro articolo 1238, potranno le stesse controversie agitarsi appresso di noi; sebbene reputi che la lite possa definitivamente comporsi, intendendo tale disposizione nel senso datole nel testo (Vedi presente numero, versic. *Il pagamento*).

vantaggioso. [1] Anzi il terzo, interessato o no alla estinzione dell'obbligazione, può pagare validamente non solo all'insaputa ma eziandio contro la volontà e il formale divieto del debitore. [2] Per la stessa ragione il creditore non può rifiutare il pagamento offertogli da un terzo, interessato o no alla estinzione dell'obbligazione (arg. *a contr.* art. 1239); [3] semprechè non glielo offra sotto la condizione di surrogarlo nei diritti di lui. Se il creditore rifiuti il pagamento, il terzo come il debitore, può fargli l'offerta reale e il deposito della cosa dovuta per gli effetti medesimi del pagamento. Ma trattandosi d'obbligazione di fare, questa non può adempirsi da un terzo, interessato o no, contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che sia adempita dal debitore medesimo, come se io abbia commesso un quadro ad un pittore distinto, o una statua ad uno scultore di fama (art. 1129). [4]

Il pagamento fatto da un terzo estingue definitivamente l'obbligazione, al modo stesso che quello fatto dal debitore medesimo; questi è però tenuto verso il terzo al rimborso della somma pagata o di quanto gli tornò utile il pagamento; ammenochè il terzo medesimo abbia pagato con l'animo di fare un atto di liberalità verso il debitore *(animo donandi)*. Ma se il terzo che ha pagato, sia stato legalmente o convenzionalmente surrogato nei diritti del creditore, la obbligazione reputasi non estinta nel senso che il debitore, nel mentre cessa di essere obbligato verso il creditore originario, incomincia ad essere obbligato verso il terzo surrogato. [5]

---

[1] Inst. princ. quib. mod. obl. toll. III, 39; Leg. 39, D. de negot. gestis, III, 5; Leg. 23 e 40 princ.; Leg. 53, D. de solut. et liber.

[2] Inst. 3, quib. mod. toll. obl.; Leg. 20, 40 e 53, D. de solut. et liber.

[3] Leg. 72, § 2 in fine, D. de solut. et liber. XLVI, 3; Duranton, XII, 16; Aubry e Rau, III, 101 testo e nota 2; Marcadé, art. cit.; Mourlon, II, 1313, e seg.; *contro* Toullier, VII, II; Delvincourt, II, p. 539, nel caso che il terzo non abbia interesse pel pagamento e che questo non procuri alcun reale vantaggio al debitore.

[4] Leg. 31, D. eod.

[5] Vedi sopra versic. *Più ancora* e gli autori citati nella nota 4 di pag. prec.

104. Per ciò che concerne la capacità giuridica di fare il pagamento, se esso ha per oggetto di trasferire la proprietà della cosa pagata nel creditore, non può farlo che colui che sia proprietario della cosa e capace di alienarla (art. 1240). Il pagamento può aver ciò per suo obbietto:

1° Quando la cosa che il debitore doveva pagare e che ha pagata, non era determinata nel suo individuo, ma soltanto nella sua specie, o se determinata nel suo individuo, era rimasta proprietà dell'alienante, per clausola del contratto o della disposizione testamentaria;

2° Quando il debitore ha pagato una cosa diversa da quella che formava materia della obbligazione *(datio in solutum)*;

3° Quando il pagamento si è fatto da un terzo.

All'infuora di questi casi, la traslazione della proprietà si opera dal contratto e non dal pagamento. [1]

Se il pagamento della cosa dovuta è stato fatto da chi ne era proprietario ma non aveva la capacità di alienarla, esso è valido contro il creditore che sia capace di riceverlo, annullabile a favore dell'incapace. Quindi i rappresentanti di questi, potranno dimandare la restituzione della cosa pagata (arg. art. 1240 alinea); [2] ammenochè questa consista in una somma di denaro o in cosa che si consumi coll'uso, e sia stata consumata dal creditore in buona fede; ritenendo allora la legge convalidato il pagamento (art. 1240 alinea).

Anche nel caso in cui il pagamento siasi fatto da una persona capace di alienare, ma non proprietaria della cosa pagata, questa può dimandare la nullità del pagamento e la ripetizione di tal cosa; semprechè consista in un genere e non

---

[1] Mentre per diritto romano il pagamento fatto in forza di una convenzione, avente per obbietto la trasmissione del diritto di proprietà, costituiva un atto di alienazione: *solvere est alienare;* altrimenti avviene nel diritto patrio, perchè tale trasmissione vi si opera per virtù del solo consenso (Consulta Toullier, VII, 7; Duranton, XII, 26 e 27; Marcadé, art. 1238; Larombière, III, art. 1238, 1-3; Aubry e Rau, IV, § 316, pag. 150; Demolombe, XXVII, 84 e seg.).

[2] Inst. § 2 in fine, quib. alien. licet, II, 8; Leg. 14, § 8, D. de solut. et liberat.

in una cosa individualmente determinata; [1] e salva sempre la eccezione stabilita dal citato articolo 1240 alinea. È poi da notarsi appena che la medesima persona rimane obbligata a pagare altra cosa propria. [2] Al contrario il creditore finchè dura il pericolo di evizione, può far dichiarare la nullità del pagamento ed esigerne un secondo che abbia per oggetto una cosa propria del debitore: restituendo ad un tempo la cosa anteriormente ricevuta. [3] Molto più può agire in garantia contro colui che pagò, nel caso che il vero proprietario della cosa data in pagamento lo turbi nel possesso della medesima o ne lo evinca. [4] Tuttavia il creditore non può pretendere che dopo acquistata irrevocabilmente, in forza della prescrizione, la proprietà della cosa altrui che gli è stata pagata,

---

[1] È grandemente controverso se il debitore che ha pagato una cosa altrui, abbia il diritto di domandare la nullità del pagamente. Invero, Marcadé (articolo 1238, XI), Larombière (III, art. 1238, n. 5) ed altri negano in modo assoluto al debitore cotal diritto, in base alla massima: *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, e all'argomento di analogia tratto dall'articolo 1599 del Codice napoleonico (art. 1459 Codice civile patrio). Demolombe, (XXVII, 99 e seg.) accetta questa decisione nel solo caso in cui l'obbligazione che viene soddisfatta, abbia per oggetto una cosa individualmente determinata; la respinge quando invece si tratta di una obbligazione di genere; perciocchè in primo luogo questa e non quella ipotesi è considerata dall'articolo in discorso; secondariamente da una parte il creditore mirò a procurarsi la data cosa individualmente determinata: dall'altra il debitore se pretendesse di prestarne un'altra, non soddisfarebbe punto la sua obbligazione. Aubry e Rau, dopo aver professato la dottrina assoluta ricordata nel principio di questa nota (III, § 316, pag. 103, 3e édit.); hanno in seguito adottata la contraria in termini, almeno apparentemente assoluti (IV, § 316, pag. 150 testo e nota 16). Dico apparentemente assoluti, perciocchè è evidente che essi non possono non avere inteso di applicare la disposizione dell'articolo 1238 Codice napoleonico, (art. 1240 Codice civile patrio) alla congrua materia. Reputo quindi che la identica decisione sia data e da Demolombe e da Aubry e Rau. E questa decisione preferisco alla prima sebbene seguíta da me nella prima edizione.

[2] Aubry e Rau, IV, § 316, pag. 150 testo e nota 16.

[3] Leg. 20 e 46 princ. e § 1; Leg. 94, § 1, D. de solut. et liber.; Larombière, III, art. 1238, n. 5; Demolombe, XXVII, 91.

[4] Leg. 69, D. eod.

il debitore riprenda questa e gli paghi una cosa sua; purchè la prescrizione si sarebbe egualmente compiuta a favore del debitore (arg. art. 2107). [1] Per quanto poi concerne il vero proprietario della cosa pagata, egli ha diritto di rivendicarla contro il creditore e contro qualunque terzo, presso il quale si trovi. L'azione di rivendicazione però anche in questo caso, è soggetta alle regole di diritto comune; in specie non può sperimentarsi contro il terzo che in buona fede ricevè cose mobili; salvi i relativi casi eccezionali (art. 707-709).

Se poi il pagamento non ha per oggetto di trasferire la proprietà della cosa pagata nel creditore, sia perchè trasferitagli già dalla convenzione; sia perchè fatto in forza di un'obbligazione il cui effetto non consista nella traslazione della proprietà, non nuoce alla validità di esso l'incapacità di chi lo ha fatto; per esempio, se una donna maritata ha venduto un immobile coll'autorizzazione del marito, non può eccepire la sua incapacità contro la consegna che ne abbia fatto. Ma se l'incapace avesse potuto rifiutare il pagamento, opponendo eccezioni a cui non gli era permesso di rinunziare, debbono applicarsi in ordine a tale rinunzia le disposizioni che regolano gli effetti della sua incapacità, per decidere, se possa ripetere la cosa pagata; così se un minore abbia pagato in forza d'una vendita conchiusa senza l'autorizzazione del tutore e l'omologazione del tribunale, può far dichiarare la nullità del pagamento e ripetere la cosa pagata; perciocchè il medesimo, essendo ancora incapace, non ha potuto sanare la nullità, eseguendo volontariamente il contratto. [2]

---

[1] Delvincourt (II, 540), Duranton (XII, 31), Aubry e Rau (IV, § 316, pag. 150, not. 16) negano in modo assoluto al creditore il diritto di domandare al debitore il pagamento di una cosa propria di costui: al contrario Marcadé (art. 1238), Mourlon (II, 1324) che cita Valette e Bugnet sur Pothier, e Demolombe (XXVII, 95) glielo concedono in modo assoluto; a me sembra che la decisione giuridica sia il diniego del diritto sotto la condizione da me enunciata nel testo.

[2] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 151 e 152.

Se il pagamento che non ha per oggetto la traslazione della proprietà è stato fatto con una cosa altrui, è retto da regole analoghe a quelle precedentemente indicate pel caso in cui il pagamento fatto con cosa altrui, importi alienazione.

105. Per la validità del pagamento, riguardo alle persone alle quali è dovuto, si richieggono due condizioni. Poichè è necessario in primo luogo che il pagamento sia fatto al creditore, o ad un suo legittimo rappresentante. Il legittimo rappresentante per tale obbietto può essere costituito per convenzione intervenuta fra il creditore e il debitore; egli allora viene specificamente indicato per *adiectus solutionis causa*. Può essere costituito dal creditore mediante mandato; o dalla autorità giudiziaria; come nel curatore dei beni di un assente; e finalmente dalla legge, qual è fra gli altri, il tutore. Intorno a cotesti rappresentanti, importa sia notato, che essendo *l'adiectus solutionis causa* investito della facoltà di ricevere il pagamento, nell'interesse del creditore e del debitore; il primo non può per solo atto di sua volontà, rivocare la facoltà conferitagli; avendo il secondo un diritto quesito di pagare al medesimo: occorre invece per la validità di tal revoca il concorso di entrambi. [1] Differenti regole governano invece il mandato ordinario di ricevere un pagamento.

Se il pagamento sia fatto ad altra persona, si ha come non eseguito, o per nullo; è nullo quindi fra gli altri il pagamento fatto da un debitore al gerente degli affari del creditore. [2] Ma il pagamento fatto a persona non autorizzata; per esempio al gestor dei negozi, divien valido per la ratifica del creditore (art. 1241 alinea). [3] La legge inoltre ritiene valido il pagamento fatto a persona diversa dal creditore, e non autorizzata a riceverla; quando il debitore provi che il creditore ne ha approfittato; come se per esempio abbia estinto un debito del suo

---

[1] Inst. § 4 princ. de inut. stipul. III, 19; Leg. 12, § 3; Leg. 59 princ.; Leg. 106, D. de solut. et liber.

[2] [3] Leg. 58 princ. D. de solut. et liber.; Leg. 11, § 5, D. de publ. act. XIII, 7; Leg. 6, D. de doli except. XLIV, 4.

creditore, che a questo interessava di pagare prima d'ogni altro (art. cit. alinea).[1] Infine il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorchè il possessore ne abbia in appresso sofferta l'evizione (art. 1242); come se per esempio, sia stato fatto ad un erede apparente che in appresso è escluso dalla successione (arg. art. 993).[2] Per possesso del credito si intende il possesso del diritto appartenente alla persona a cui favore esiste l'obbligazione, e non già del solo atto istrumentario che prova l'esistenza del credito medesimo; perciò il possesso di tal atto non basta per sè solo a render valido il pagamento fatto al possessore: questa regola non riguarda i titoli al portatore.[3] Ma ove un creditore abbia alla sua volta dei creditori, e questi abbiano sequestrato appresso del suo debitore il suo credito; o gli abbiano fatto opposizione a pagare; il pagamento che il debitore medesimo faccia al suo creditore non è valido riguardo ai sequestranti o agli opponenti; i quali perciò, possono costringerlo a pagare di nuovo, per ciò che riguarda le loro ragioni; il debitore però ha il suo diritto di regresso contro il creditore (art. 1244).[4]

È necessario in secondo luogo che il creditore sia capace di ricevere il pagamento che gli viene fatto (art. 1243). La capacità di ricevere il pagamento è quella medesima di alienare il credito; perchè in effetto il pagamento producendo l'effetto di estinguere il diritto di credito, costituisce una vera alienazione di tal diritto (arg. art. 1241 alinea e 1307).[5]

Il pagamento fatto ad una persona incapace di riceverlo è nullo e quindi non libera il debitore; qual è per esempio, il pagamento fatto ad un minore, ad un interdetto senza le formalità stabilite dalla legge. Tuttavia si ha per valido il pagamento fatto ad un incapace, ove il debitore provi che la

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 317, pag. 154.

[2] Toullier, VII, 26 e 27; Duranton, XII, 69 e 70; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 154-55.

[3] Consulta Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 154, nota 13.

[4] Consulta Duranton, XII, 60 e seg.; Napoli, 19 mag. 1871, A. V, 2, 570.

[5] Inst. § 2, quib. alien. licet vel non, II, 8; Leg. 15 princ. D. de solut.

cosa pagata fu rivolta in vantaggio del creditore; per esempio, se col denaro pagato nelle mani del minore siano state fatte riparazioni ne'suoi fondi o dimesso qualche suo debito (articolo 1243).[1] Non rileva che il creditore abbia avuto vantaggio dal pagamento nell'atto che fu fatto o in appresso; nè che questo vantaggio sia stato duraturo o sia cessato nel tempo in cui il rappresentante dell'incapace, o questo divenuto capace dimandi il secondo pagamento; nè infine che la cosa pagata sia stata erogata in spese necessarie o semplicemente utili, essendo assoluta la disposizione dell'articolo 1243.[2] Il pagamento fatto all'incapace è valido in tutto o in parte, secondochè in tutto o in parte fu rivolto a vantaggio del creditore incapace di riceverlo.[3]

106. Il debitore è tenuto a pagare la cosa che forma la materia dell'obbligazione, e non può costringere il creditore a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore di quella (art. 1245).[4] Ma nulla vieta al creditore di accettare in pagamento una cosa per un'altra *(datio in solutum)*.[5] La dazione in pagamento presuppone che fra le parti siasi operata una novazione, in virtù della quale alla cosa che formava materia dell'obbligazione, è stata sostituita un'altra:[6] essa è un atto a titolo oneroso soggetto a tutti i principî che regolano simiglianti atti. Nella obbligazione facoltativa poi il creditore è tenuto a ricevere la cosa che il debitore ha la facoltà

---

[1] Vedi Inst. § 2, quib. alien. licet; Leg. 4, D. de except. XLIV, 1; Leg. 15, in fine; Leg. 15 e 41 princ. e Leg. 47 princ. § 1 princ. D. de solut. et liber.

[2] Toullier, VII, 14; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 155, nota 18; *contro* Delvincourt, II, 542 e 543; Duranton, XII, 45, che ammettono tale distinzione.

[3] Doveri, II, 396, nota 1.

[4] Vedi Leg. 2, § 1 in fine, D. de reb. cred. XII, 1; Leg. 16, C. de solut. et liber. VIII, 43.

[5] Inst. princ. quib. mod. obl. tollitur, III, 29; Leg. 17, C. de solut. et liber.

[6] Consulta Delvincourt, III, 129; Troplong, De la vente, I, 7; Duvergier De la vente, I, 45 e 46; Duranton, XII, 79-82.

di pagargli in luogo di quella che forma il preciso obbietto della obbligazione. [1]

Ma dall'altro canto il debitore di una cosa certa e determinata viene liberato, rimettendola nello stato in cui si trova al tempo della consegna. A tale effetto però si richieggono queste due condizioni: *a)* che i deterioramenti sopraggiunti non provengano da colpa di lui, [2] o da colpa delle persone di cui deve rispondere, o da accidenti cagionati dalle cose poste sotto la sua custodia, come da un animale, di cui sia proprietario o di cui si serve; *b)* che egli non fosse in mora quando i deterioramenti avvennero (art. 1247): ma sebbene in mora, può sottrarsi alla risponsabilità dei medesimi; col provare che sarebbero egualmente avvenuti presso il creditore (arg. art. 1298 alinea 1°). [3]

Se il debito ha per obbietto una cosa determinata soltanto nella sua specie, il debitore per essere liberato, non è tenuto a darla della migliore qualità, ma non può darla neppure della peggiore (art. 1248).

Finalmente se il debito è di denaro, il debitore è tenuto a pagarlo nella specie in corso nel regno al tempo del pagamento e giusta il suo valore nominale in tal tempo, quantunque il valore delle monete abbia subíto variazione, sia aumentando, sia diminuendo. Perciò nell'uno e nell'altro caso il debitore deve restituire la somma numerica espressa nell'atto dell'obbligazione: attalchè si libera col pagamento di tal somma, nonostante l'aumento del suo valore nominale, e la deve non ostante la diminuzione del medesimo; senza aver punto riguardo, se il valore intrinseco sia rimasto inalterato, o sia stato accresciuto o diminuito; perocchè *in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem*. Quindi se io avessi acquistato da te un fondo per 10,000 lire, che mi sono obbligato di pagarti entro tre anni in pezzi di 20 lire, e nel frattempo la competente autorità

---

[1] Vedi sopra n. 21.

[2] Vedi sopra n. 84 e 85.

[3] Duranton, XII, 96; Aubry e Rau, III, 109 testo e nota 6.

riduce questi pezzi a lire 19, 80, debbo pagarti non 500, ma 505 pezzi da 20 lire, perchè nel giorno del pagamento questi e non quelli formano 10,000 lire; al contrario se quei pezzi fossero stati portati a lire 20, 20, basterebbe che ti pagassi 495 pezzi che formano le 10,000 lire che ti devo (art. e arg. art. 1821).[1] Ma se il debito abbia per oggetto pezzi di moneta di una determinata specie, anzichè una somma numerica, avente per base l'unità monetaria; il debitore dovrà indistintamente il numero dei pezzi convenuti; senza riguardo al loro valore estrinseco o intrinseco.[2]

107. Il pagamento di un debito deve farsi per intero,[3] ancorchè sia divisibile; nè il creditore può essere costretto a riceverlo in parte, per quanto la condizione del debitore potrebbe meritare tale condiscendenza (art. 1246).[4] Ma questa regola non è applicabile, *a)* quando il debitore originariamente unico abbia lasciato più eredi (art. 1204); *b)* quando si tratti di un'obbligazione che abbia per oggetto più pagamenti successivi, come annualità, rendite, fitti ed interessi; in tal caso, sebbene ne siano scadute più annate, il debitore può costringere il creditore a ricevere separatamente annata per annata, per ordine di scadenza, cioè la prima innanzi alla seconda, essendo ogni annata un debito distinto (arg. art. 1256); *c)* quando il titolo costitutivo dell'obbligazione o un atto posteriore conceda al debitore la facoltà di liberarsi in parte; *d)* quando il

---

[1] Consulta Leg. 1 princ. in fine, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 42 in fine, D. de fideiuss. XLVI, 1; Delvincourt, II, 132; Duranton, XII, 91; Aubry e Rau, III, 109 testo e nota 11.

[2] Vedi appresso, *Del mutuo.*

[3] In diritto civile italiano non si conosce il *beneficium competentiae* del diritto romano; per virtù del quale benefizio moltissimi debitori non potevano essere condannati a pagare che sino alla concorrenza di ciò che sopravanzava ai bisogni della sua vita; *in id quod facere possunt:* reputandosi impossibile lo spoglio dei mezzi necessari alla loro sussistenza; quasi come atto omicida (Vedi Doveri, II, 396, nota 2). Ma non si creda che per ciò la legge patria sia inumana; perciocchè di altri benigni sussidi possono valersi i più dei detti debitori.

[4] Toullier, VII, 69 e 70; Delvincourt, II, 553; Aubry e Rau, III, 111, nota 5.

debitore possa opporre al creditore una parziale compensazione (art. 1286),[1] o i fideiussori gli possono opporre il benefizio della divisione (art. 1912);[2] *e)* finalmente (tralasciate le leggi commerciali sul fallimento) quando una parte dell'obbligazione sia illiquida e litigiosa.[3]

Il pagamento intero deve essere fatto in una sola volta.[4]

Il pagamento deve esser fatto nel termine fissato dal titolo costitutivo dell'obbligazione. Se il termine è stato apposto a favore del debitore, non può esser costretto, ma ha la facoltà di pagar prima. Se invece è stato apposto a favore del creditore, questi non può essere costretto a ricever prima il pagamento; ma ha il diritto di richiederlo. Molto meno può esser costretto di ricevere un pagamento, prima del verificarsi della condizione, a cui sia subordinato il suo diritto di credito; potendo non essere di suo interesse l'esporsi alla eventualità di restituire il pagamento ricevuto; ove la condizione venga a mancare. Ove mai il termine del pagamento sia stato rimesso alla volontà del debitore, come se gli fosse stata data facoltà di pagare, quando vorrà, quando avrà mezzi, spetta all'autorità giudiziaria di stabilirlo conveniente (art. e arg. art. 1173).[5] Se poi non è fissato alcun termine pel pagamento, il debitore deve pagare alla prima dimanda che il creditore ne faccia;[6] altrimenti cadrà in mora. Ma finchè il creditore non gli richiede il pagamento, può astenersi dal farlo, senza incorrere in veruna risponsabilità.

---

[1] Consulta Delvincourt, II, 554; Duranton, XII, 85; Aubry e Rau, III, 112 testo e nota 8.

[2] Consulta Toullier, VII, 72 e 73; Duranton, XII, 87; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 9.

[3] Leg. 21, D. de reb. cred.; Leg. 78, D. de legat. 2.

[4] Leg. 41, § 1, D. de usur. XXII, 1. In presenza dell'articolo 1246, reputo che non possa mettersi la equa disposizione della Legge 21, D. de reb. cred. XII, 1, secondo la quale il giudice, avuto riguardo alle circostanze, poteva costringere il creditore ad accettare un pagamento parziale, accordando pel resto una moderata dilazione al debitore.

[5] Vedi sopra n. 38 in fine.

[6] Vedi Inst. § 2, de verb. obl. III, 16; Leg. 118, § 1, D. de verb. obl. XLV, 1; Leg. 14, D. de reg. iur. L, 17.

Da ultimo il pagamento deve farsi nel luogo fissato dal contratto (art. 1249).[1] Se siano indicati più luoghi di pagamento alternativamente, questo deve farsi in un luogo solo a scelta del debitore, il quale però perde il diritto di scelta, se caduto in mora sia convenuto dal creditore. Se i luoghi siano indicati cumulativamente, il pagamento deve farsi in tutti e per parti, quanti essi sono.[2] Ma come la indicazione del luogo di pagamento non importa elezione di domicilio; così alla sua volta, la elezione del domicilio non include necessariamente la determinazione tacita del luogo in cui debba farsi il pagamento.[3]

Ove poi il luogo del pagamento non sia stato fissato; e formi obbietto del debito una cosa certa e determinata, questa deve esser prestata nel luogo, in cui la medesima si trovava quando fu stipulato il contratto (art. 1249).

In ogni altro caso il pagamento si deve fare al domicilio attuale del debitore, salvo ciò che è stabilito dall'articolo 1508 (art. 1249).[4] Non può quindi considerarsi in mora il debitore pel non eseguito pagamento alla scadenza del termine, se il creditore non si presentò al domicilio di lui per esigere.[5]

Le spese del pagamento sono a carico del debitore (articolo 1250).

108. Il pagamento validamente fatto estingue l'obbligazione in modo assoluto, cioè riguardo a tutti, salvo il caso di

---

[1] Consulta Milano, 17 maggio 1870, B. XXII, 2, 367.

[2] Leg. 2, § 3 e 4, D. de eo quod certo loco. — La legge patria nell'articolo 1249 considera solamente il caso ordinario che sia indicato un luogo solo pel pagamento. Non esito punto di applicare alla indicazione di più luoghi, le decisioni dei giureconsulti romani, fondate sulla volontà delle parti contraenti implicitamente manifestata nella formola alternativa o congiuntiva con cui hanno fissato i luoghi.

[3] Consulta Bianchi, I, 283.

[4] Convengo col compianto Doveri (II, 34, nota 1), che il pagamento, come pure è insegnato dagl'interpreti del Codice napoleonico, debba farsi nel domicilio *attuale* del debitore; e lo noto non già perchè il debitore possa avere contemporaneamente più domicilî, ma per escludere il domicilio che il debitore avrà avuto nel tempo della stipulazione del contratto.

[5] C. C. Firenze, 25 febbraio 1869, B. XXI, 1, 122; vedi pure Milano cit.

surrogazione. Colla obbligazione cessano necessariamente i suoi accessori, cioè le ipoteche, le fideiussioni e ogni altra garantía della medesima. [1]

109. Passiamo ora al pagamento con surrogazione.

La surrogazione è una finzione ammessa o stabilita dalla legge, mediante la quale un'obbligazione estinta col pagamento fatto da un terzo o dal debitore coi denari fornitigli a tale effetto, da un terzo, si considera come sussistente a favore di questo terzo, il quale perciò è autorizzato a far valere, sino alla concorrenza di ciò che ha sborsato, i diritti e le azioni del creditore pagato (art. 1251).[2] Senza la surrogazione il terzo che ha pagato, avrebbe avuto soltanto l'azione *negotiorum gestorum* o *de in rem verso*, come sopra si è detto; e il terzo che ha fornito il denaro per il pagamento, l'azione *ex mutuo*. La surrogazione invece lo investe di tutti i diritti e di tutte le azioni, che il creditore avrebbe potuto esercitare contro il debitore. Ma ad un tempo non gl'impedisce di esercitare le altre azioni sopraddette.

La surrogazione ha per fondamento la equità; poichè mira a procurar vantaggio al creditore e al debitore; senza aggravar punto la condizione di quest'ultimo, e senza nuocere sia agli altri creditori del medesimo, sia ai coobbligati.

Essa è stata introdotta a favore del terzo soltanto: rispetto al creditore pagato, si ha come non avvenuta; perciocchè non ostante essa, il pagamento estingue riguardo a lui il debito, come se la surrogazione non avesse avuto luogo.

---

[1] Inst. princ. quib. mod. tollit. obl.; Leg. 43, D. de solut. et liberat.

[2] Sino ad oggi, cinque diverse opinioni sono state emesse intorno alla natura della surrogazione. Invero v'ha chi crede che la surrogazione *convenzionale* non sia che una vera cessione; e la surrogazione legale un pagamento; nel primo caso quindi il surrogato succede nello stesso credito; nel secondo il credito originario è estinto; e solo per finzione, la legge ne conserva le garantíe per aggiungerle al nuovo credito (Championnière et Rigaud, Traité des droits d'enregistrement). Secondariamente Toullier (IV, 97, 118 e seg.) reputa che l'effetto e la natura della surrogazione differiscano fra loro, secondochè sia *convenzionale* e *legale*, non solo, ma anche secondochè la prima abbia luogo per con-

La surrogazione è convenzionale o legale; secondochè è consentita dal creditore o dal debitore, o è stabilita dalla legge (art. cit.). [1]

La surrogazione convenzionale può essere consentita dal creditore senza l'intervento del debitore, e da questo senza il concorso del creditore.

---

venzione fatta col creditore o col debitore: la surrogazione conceduta dal creditore al terzo che paga il debito, è una vera cessione del credito: la surrogazione conceduta dal debitore o proveniente dalla sola forza della legge, estingue il credito primitivo con tutte le garantíe; il creditore acquista sia per volontà del debitore sia per ministero della legge un diritto del tutto eguale a quello che apparteneva all'antico creditore, e fornito delle stesse garantíe. In terzo luogo per parecchi giureconsulti, la surrogazione costituisce sempre una vera cessione del credito (Delvincourt, II, 559; Duranton, XII, 117 e seg.; Troplong, Des priv. et hypot. I, 349 e seg., Mourlon, De la subrogation, pag. 8 e seg.; Gauthier, De la subrogation, n. 40 e seg.). In quarto luogo Marcadé (art. 1236, I e IV), Bugnet sur Pothier (I, pag. 661, not. 2, e II, pag. 136, not 2, e pag. 299, not. 1), e Folleville (Des caractères distinctifs du paiement avec subrogation, n. 17 e seg.) sono d'avviso che la surrogazione è una operazione *sui generis*, affatto distinta dalla cessione: il pagamento con surrogazione, come ogni altro pagamento estingue il credito originario; solamente per finzione di legge, le garantíe che ne assicuravano il soddisfacimento, vengono aggiunte al nuovo credito che la gestione d'affari compiuta dal terzo pagando, ha generato a favor di questo e contro il debitore. Finalmente Aubry e Rau (IV, § 321, pag. 168-169), Mourlon (De la subrogation, pag. 6-14); Colmet de Santerre (V, 189 bis, I-V); Larombière (III, art. 1252, n. 7) e Demolombe (XXVII, 309-327) professano la dottrina che come più probabile e soddisfacente ho creduto di seguire.

[1] La somma distinzione della surrogazione è quella di surrogazione *reale* e di surrogazione *personale*. La surrogazione reale è la sostituzione di una cosa ad un'altra, in questo senso che la cosa sostituita prende il luogo e riveste i caratteri giuridici di quella cui è sostituita, *subrogatum capit substantiam subrogati*. La surrogazione personale, nel senso più lato della parola, è ogni sostituzione di un terzo ad un creditore, che si opera per una causa giuridica, in forza della quale può esercitare nel suo proprio nome e nel suo personale interesse tutti o alcuni diritti, tutte o alcune azioni del creditore. In questo senso la surrogazione personale comprende la surrogazione giudiziale (art. 1234), la surrogazione annessa alla cessione (art. 1538) e finalmente quella che si opera per effetto di pagamento, della quale qui parliamo (Consulta Mourlon, Traité de la subrogation; Gauthier, Traité de la subrogation de personnes; Flach, De la subrogation réelle).

La surrogazione è consentita dal creditore, quando ricevendo il pagamento da una persona, la surroga nei diritti, nelle azioni, ne'privilegi o nelle ipoteche che esso ha contro il debitore (art. 1252 1°). [1] In luogo del creditore, può essere consentita da un suo mandatario o da un suo legale rappresentante autorizzato a ricevere il pagamento. Il consentirla è in sua piena facoltà: molto più è in sua facoltà, di restringerne gli effetti, nel consentirla.

Due condizioni si richieggono per questa surrogazione; essendo necessario in primo luogo che sia fatta espressamente (art. cit.). Non sono però prescritte espressioni sacramentali. [2] Del resto può esser fatta tanto per atto pubblico quanto per iscrittura privata. Nè è necessario che questa abbia acquistata data certa, per potersi far valere la surrogazione contro il debitore, i suoi eredi, e tutti quelli che personalmente o ipotecariamente fossero tenuti al pagamento del debito; perciocchè tali persone non avendo alcun interesse di pagare al creditore surrogante, anzichè al terzo surrogato, non possono pretendere di scinder l'atto per valersi della quietanza e respingere la surrogazione. Ma al contrario la surrogazione che non ha acquistato data certa, non può essere opposta nè ad un terzo creditore sequestrante, nè al cessionario di un credito originario, nè infine ad un terzo surrogato con un atto che abbia acquistata data certa. [3]

Si richiede in secondo luogo che sia fatta contemporaneamente al pagamento; perocchè eseguito che sia il pagamento la obbligazione è estinta; e non è perciò più in potere del creditore surrogante di far rivivere con una dichiarazione posteriore un'obbligazione estinta (art. cit.). [4] Quindi la surrogazione

---

[1] Consulta C. C. Torino, 8 luglio 1870, B. XXII, 1, 607.

[2] Vedi Toullier, VII, 121-123; Duranton, XII, 118 e 119; Marcadé, articolo 1250, 1; Mourlon, II, 1366; Aubry e Rau, IV, § 321, pag. 171.

[3] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 170, 171; Demolombe, XXVII.

[4] Leg. 76, D. de solut. XLVII, 3; Toullier, VII, 116; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, loc. cit; Mourlon, loc. cit.

consentita dopo fatto il pagamento, rimane senza effetto tanto contro i terzi, quanto contro il debitore; e se un creditore abbia ricevuto più pagamenti, e nel ricever l'ultimo pagamento abbia rilasciato la quietanza colla surrogazione, questa non è valida che per l'ultimo pagamento, al quale è contestuale. [1] Ma se un pagamento sia stato fatto sotto la condizione della surrogazione o in tali circostanze da farlo ritenere piuttosto un deposito provvisorio che un pagamento definitivo, può la surrogazione medesima essere validamente consentita nella quietanza definitiva. [2] Molto più la surrogazione consentita prima del pagamento, può incominciare ad aver effetto nell'atto che questo viene eseguito. [3]

Che il pagamento e la surrogazione abbiano avuto luogo simultaneamente, deve risultare da un unico atto; acciò la seconda possa venire opposta ai terzi. Non gioverebbe che i due atti distinti portassero la medesima data; perciocchè l'atto di surrogazione modificando gli effetti della quietanza pura e semplice, costituirebbe riguardo ai medesimi una contro-dichiarazione (arg. art. 1319). [4] Sebbene però la surrogazione sia constatata dal medesimo atto che prova il pagamento, nondimeno i terzi ai quali viene opposta, possono provare che essa in fatto ebbe luogo posteriormente.

Il pagamento con surrogazione consentita dal creditore, ha apparentemente simiglianza colla cessione, ma in realtà ne differisce in punti essenziali; perocchè primieramente quello è inteso a liberare il debitore verso il creditore originario; questa opera la trasmissione del credito dal cedente al cessionario.

---

[1] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 171-172; Mourlon, loc. cit.

[2] Duranton, XII, 116; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Marcadé, loc. cit.

[4] Toullier, VII, 116; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 172 testo e nota 15. In materia commerciale la prova che la surrogazione è stata consentita dal creditore in modo espresso, e simultaneamente al pagamento, può risultare anche riguardo ai terzi tanto dalla corrispondenza o dai libri delle parti; quanto da un loro atto privato, benchè non fornito di data certa (Aubry e Rau, tom. § e pag. cit.).

Secondariamente in quello la cosa dovuta si presta a titolo di pagamento, in questa si paga a titolo di prezzo. Da ultimo con quello la obbligazione si estingue di fatto e per finzione di legge soltanto si considera esistente a favore del surrogato; il credito ceduto invece continua in realtà a sussistere. [1]

Stanti tali differenze il pagamento con surrogazione e la cessione, non sono regolati da identici principî. Invero primieramente, perchè la surrogazione abbia effetto contro i terzi, non si richiede che il surrogato intími al debitore la seguíta surrogazione; o che il debitore l'abbia accettata, a differenza di quanto è stabilito sulla cessione dall'articolo 1539. [2] È però prudente che il surrogato notifichi al debitore la surrogazione; per impedire che esso o i suoi coobbligati paghino il debito al creditore originario; di tal maniera costituendolo in mala fede, lo rende risponsabile verso di lui del pagamento; nel mentre al contrario non avrebbe che il regresso contro il creditore, se il debitore in buona fede gli abbia fatto il pagamento. [3] Secondariamente il surrogato, che ha pagato meno dell' importare del debito, non può ripetere dal debitore che la somma effettivamente pagata; rimanendo a vantaggio di questo la remissione concessa dal creditore; perciocchè il surrogato medesimo si reputa, abbia agito non già nell'interesse suo, ma in quello del debitore: al contrario il cessionario ha il diritto di esigere dal debitore la totalità del credito cedutogli, per quanto minor prezzo egli abbia pagato per farne l'acquisto. [4] Infine il surrogante non è tenuto alla garantía della sussistenza del credito; attalchè ove questo non fosse

---

[1] Vedi Merlin, Rép. v° Subrogation des personnes, sect. II, § 1; Duranton, XII, 214; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 321.

[2] Duranton, XII, 124, 125 e 127; Marcadé art. 1250, II; Mourlon, II, 1136; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 174; *contro* Delvincourt, II, 559; Toullier, VII, 127; Duvergier, De la vente, II, 237.

[3] Consulta Larombière, III, art. 1250, n. 42.

[4] Merlin, Quest. v° Subrogation de personne, § 1; Duranton, XII, 122; Marcadé, art. 1250, III; Mourlon, II, 1355 e 1357; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 174.

esistito, il surrogato non ha diritto che alla ripetizione dell'indebito; il cedente al contrario è tenuto a siffatta garantia. [1]

Se l'atto stipulato fra un creditore ed un terzo costituisca un pagamento con surrogazione o una cessione; è questione d'interpretazione da decidersi, considerate le circostanze, e soprattutto considerato, se il pagamento sia stato fatto nell'interesse del debitore o del terzo che ha pagato. Deve in generale ritenersi fatto nell'interesse del debitore, se il debito era esigibile e con maggior ragione se erano incominciati atti giudiziali contro di lui; in caso contrario, deve considerarsi come fatto nell'interesse proprio del terzo.

110. La surrogazione è consentita dal debitore, quando prendendo a prestito una somma affine di pagare il suo debito, surroga il mutuante nei diritti del creditore (art. 1252 2°). Tal è il caso ordinario, ma nulla impedisce che la surrogazione medesima si stipuli per ogni caso in cui siano date somme al debitore per qualunque altro titolo, esempligrazia, per titolo di dote col patto che siano impiegate nel pagamento dei debiti con surrogazione a profitto della dotata.

Questa surrogazione si opera come si disse, senza il concorso della volontà del creditore (art. cit. in fine).

Per la validità di tale surrogazione si richieggono due condizioni. Perciocchè in primo luogo è necessario che l'atto di prestito e la quietanza abbiano data certa, affine di prevenire le surrogazioni frodolenti, con cui si potrebbero far rivivere privilegi ed ipoteche estinte per virtù di pagamento puro e semplice (art. cit.). Il prestito e la quietanza possono farsi eziandio con un atto solo; anzi questa pratica è da preferirsi, come quella che soddisfa in maniera più perfetta il voto della legge, o offre al mutuante maggior sicurezza. [2]

---

[1] Vedi Troplong, Des hypot. I, 353 bis; Marcadé, loc. cit.; Mourlon, II, 1356; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 174 e 175 testo e nota 24.

[2] Mourlon, De la subrogation, p. 294 e seg. e Rép. écrit. II, 1307, Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 179.

È necessario in secondo luogo che si dichiari nell' atto di prestito, che la somma si prende a prestito per pagare il debito; e nella quietanza che il pagamento è stato fatto coi denari somministrati a tal effetto dal nuovo creditore; non basterebbe che la prima dichiarazione fosse contenuta nella quietanza. Ma se il prestito e la quietanza siano fatti in un medesimo atto, può bastare una sola dichiarazione complessa, (art. cit.). I terzi però a cui nuocerebbe la surrogazione, possono provare con tutti i mezzi, non escluse le presunzioni, che tale dichiarazione è falsa e diretta a frodare la legge e le loro ragioni. [1] Se per avventura il creditore si rifiutasse di rilasciare la quietanza con tale dichiarazione, il debitore può fargli l'offerta reale con citazione di ricevere il pagamento e di rilasciare la quietanza con siffatta dichiarazione; ostinandosi nel rifiuto, il debitore procederà al deposito, e ritirerà la relativa cedola colla desiderata dichiarazione. [2]

Verun'altra condizione è richiesta per questa surrogazione; e specialmente non si richiede che nell'atto di prestito o nella quietanza sia stipulata la surrogazione; perocchè dalle dichiarazioni quivi fatte risulta da se medesima, l'intenzione delle parti di consentire nella surrogazione. [3] Non si richiede neppure che il prestito ed il pagamento siano fatti simultaneamente; ma fatto il secondo più o meno tempo dopo il primo, può divenire controverso, se il debito sia stato pagato veramente col denaro imprestato, e se perciò debba o non ammettersi la surrogazione. [4]

È poi indifferente che il denaro prestato sia pagato al creditore dal debitore o, in nome di questo, dal terzo che lo

---

[1] Merlin, Rép. v° Subr. de pers. sect. II, § 8, n. 2; Duranton, XII, 136; Toullier, VII, 132; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 179-180.

[2] Vedi Mourlon, II, 1367.

[3] Merlin, Rép. v° Privilége, sect. IV, § 2; Duranton, XII, 133; Toullier, VII, 129; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 179 e nota 26; Marcadé, articolo 1250, IV.

[4] Toullier, VII, 132; Aubry e Rau, loc. cit.

fornisce. Ma questi agirà prudentemente, non isborsando che al ricevere la quietanza del creditore. [1]

Il surrogato però deve invigilare la conservazione delle ipoteche, in cui è subentrato; rinnovandone a tempo debito le iscrizioni.

111. La legge accorda la surrogazione a determinate persone per l'interesse che queste avevano, alla soddisfazione di un debito.

La legge accorda la surrogazione primieramente a colui che, essendo egli stesso creditore ipotecario o anche solamente chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi sia sopra i mobili, come quello del creditore pignoratario, [2] sia sopra gl'immobili; o in ragione delle sue ipoteche; perocchè egli ha un interesse legittimo a soddisfarlo; potendo l'esercizio dei diritti di questo, poziori al suo, recargli nocumento; come se per esempio, procedesse alla espropriazione forzosa dei beni del debitore in tempo contrario alle alienazioni, donde prezzo basso; inoltre le spese del giudizio diminuirebbero a suo danno il patrimonio del debitore (art. 1253 1°). È però necessario che la surrogazione legale non pregiudichi il creditore che si vuole soddisfare. [3] Al contrario tale benefizio non appartiene al creditore ipotecario che ne paghi un altro di grado posteriore al suo. [4]

---

[1] Toullier, VII, 133; Duranton, XII, 134 e 135; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 179, che in passato avevano adottato la decisione contraria; *contro* Marcadé, art. 1251, II.

[2] Il creditore che paga un altro creditore pignoratario, gode senza dubbio della surrogazione legale, se il pegno si trovi presso un terzo eletto dalle parti; perciocchè in questo caso non è necessario di trasferirne il possesso ad altri. Ma se il pegno si trovi appresso del creditore pignoratario, sembra che questi non possa consegnarlo all'altro creditore che lo ha soddisfatto, senza il consenso del debitore.

[3] Consulta Larombière, III, art. 1251, n. 7; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 180-181.

[4] Consulta Toullier, VII, 141; Duranton, XII, 152; Larombière, III, art. 1251, n. 6; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 181 testo e nota 47.

Molto meno appartiene a chi avesse pagato un creditore, investito di un semplice diritto di ritenzione o di anticresi.[1]

Si opera secondariamente per ministero di legge, la surrogazione a profitto di colui che avendo acquistato un immobile, paga fino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto uno o più creditori, a favore dei quali il fondo è ipotecato (art. 1253 2°), in questo caso la surrogazione offre all'acquirente il mezzo di conservare l'immobile acquistato, senza doverlo liberare dalle ipoteche; e ove sia obbligato di procedere a tale operazione, gli assicura il diritto di essere graduato nel posto dei creditori soddisfatti.[2] La surrogazione si estende eziandio alle somme che superiori al prezzo di acquisto l'acquirente abbia pagato ai creditori ipotecari. Ha del pari effetto per le somme che abbia sborsato ai medesimi, dopo pagato il prezzo al venditore.[3] Perchè abbia luogo la surrogazione, si richiede che il pagamento sia fatto dopo l'acquisto; fatto prima, benchè in vista del futuro acquisto, avrebbe definitivamente estinto il credito e i suoi accessori i quali perciò non potrebbero più rivivere a favore dell'acquirente che pretende la surrogazione: in questo caso non si sarebbe potuto far luogo che alla surrogazione convenzionale.[4] Per identità di ragione poi questa surrogazione deve essere ammessa a favore dell'acquirente che ha rivenduto l'immobile, ove il prezzo della rivendita sia stato da lui rimpiegato per soddisfare dei creditori ipotecari. Parimente deve essere ammessa a favore del donatario, del compermutante e in generale di ogni terzo possessore di buona fede che col denaro proprio ha pagato i creditori che avevano l'ipoteca sul fondo donato, permutato, o pos-

---

[1] Larombière, tom. e art. cit. n. 9; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. testo e nota 49.

[2] Consulta Mourlon, II, 1371; Marcadé, art. 1251, II, 2.

[3] Duranton, XII, 157; Marcadé, art. 1251, II; Larombière, III, art. 1251, n. 27 e 28; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 321.

[4] Toullier, VII, 143; Duranton, XII, 158; Larombière, III, art. 1251, n. 21; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 182.

seduto.[1] Del resto è indifferente che il pagamento sia fatto dall'acquirente in persona o da un suo mandatario.[2]

In terzo luogo la legge accorda la surrogazione a colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo (art. 1253 3°). Quindi, come persone obbligate con altri, godono della surrogazione legale i condebitori solidari; i condebitori di una obbligazione indivisibile anche *solutione tantum*, che pagano il debito comune; i confideiussori che pagano il debito che con altri hanno garantito; e i commissionari, che incaricati di acquistar merci per conto del loro committente, le pagano col proprio denaro. Come persone poi obbligate per altri, gode della surrogazione legale il fideiussore, il terzo detentore di un fondo ipotecato, e colui che fornisce un pegno o un'ipoteca, ma senza obbligarsi personalmente. È del resto indifferente la natura del vincolo per cui una data persona è obbligata a pagare, e perciò anche l'interesse che aveva, a ciò fare.[3] Al contrario la surrogazione legale non ha luogo a vantaggio del debitore semplicemente congiunto di un'obbligazione divisibile, nè di colui che con un atto stipulato col debitore e non accettato dai creditori, si è obbligato di pagare a questi determinate somme.[4]

Per ultimo la surrogazione è conceduta dalla legge all'erede con benefizio d'inventario che ha pagato coi propri denari i debiti ereditari, avendo egli grande interesse di liberare dai debiti l'eredità che pur sempre gli appartiene finchè potendo, non la ripudi (art. 1253 4°): è indifferente che essi siano debiti propriamente detti, o pesi dell'eredità (art. e arg. art. 968 alinea 1°).[5] Ma la medesima non ha luogo a profitto del curatore di una eredità giacente ; perocchè questi,

---

[1] Consulta Duranton, XII, 157; Larombière, III, art. 1251, n. 27; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 183.

[2] Consulta Larombière, III, art. 1251, n. 17; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Consulta C. C. Torino, 14 marzo 1866, B. XVIII, 1, 154.

[4] Vedi Toullier, VII, 149 e seg.; Duranton, XII, 176; Aubry e Rau, III, 126 e 127.

[5] Duranton, XII, 177; Aubry e Rau, III, 127, nota 47.

non avendo interesse alla soddisfazione dei debiti ereditari, non può aver pagato che come gestore di affari. [1]

La surrogazione legale non può essere ammessa in verun altro caso; sebbene eventualmente il terzo possa aver avuto grandissimo interesse di pagare. [2]

112. L'effetto della surrogazione sia convenzionale sia legale consiste nel far subentrare il surrogato in tutti i diritti e in tutte le azioni del creditore tanto contro il debitore, quanto contro i terzi personalmente o ipotecariamente obbligati alla soddisfazione del debito (art. 1254): ciò è vero anche rispetto al diritto del venditore di domandare la risoluzione della vendita per mancato pagamento del prezzo. [3] Il surrogato si reputa subentrato in tutti questi diritti e azioni anche nel caso dell'articolo 1353 2°. [4]

Questa regola però quanto alla prima specie di surrogazione, può esser modificata dall'atto di surrogazione; in quanto può averne ristretto gli effetti; essendosi esempligrazia, escluso dalla medesima il privilegio o l'ipoteca o la fideiussione.

Quanto alla surrogazione legale, primieramente il surrogato che obbligato con altri, ha pagato il debito, non può esercitare i diritti e le obbligazioni contro ciascuno dei coobbligati che fino alla concorrenza della parte per la quale doveva contribuire al pagamento (art. e arg. art. 1199 e 1920); [5] nè gli gioverebbe la surrogazione convenzionale che avesse ottenuto, non potendo questa produrre più effetti della legale; [6]

---

[1] Mourlon, De la subrog. p. 476 e 477; Aubry e Rau, III. 127, nota 46; *contro* Toullier, VII, 155.

[2] Vedi Toullier, VII, 139 e seg.; Duranton, XII, 180; Marcadé, art. 1251, I; Larombière, III, art. 1251, n. 3; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 185.

[3] Consulta Larombière, III, art. 1251, n. 13; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 186.

[4] Consulta Toullier, VII, 145, nota 2; Duranton, XII, 161; Larombière, III, art. 1251, n. 25; Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Marcadé, art. 1252, III.

[6] Delvincourt, II, par. II, p. 504; Duranton, XI, 243 e 844; Aubry e Rau, III, 129 testo e nota 58; Marcadé, art. 1252, III; Mourlon, De la subr. p. 47; *contro* Toullier, VII, 163.

ma l'obbligato per altri che ha pagato, gode dei pieni effetti della surrogazione. In secondo luogo il terzo possessore di uno degl'immobili ipotecati che ha pagato l'intero debito, non può esercitare l'azione ipotecaria contro i detentori degli altri immobili, se non per la parte proporzionale del valore del suo fondo rispetto al valore degli stabili posseduti dagli altri. Da ultimo l'acquirente e detentore di un immobile, gravato d'ipoteca dal debitore principale alienante a favore dei creditori, non ha azione contro il fideiussore che avesse garantito il debito anche prima della costituzione dell'ipoteca; [1] questi al contrario, se avesse pagato, può esercitare contro il detentore dell'immobile tutte le azioni e tutti i diritti del creditore.[2]

In ogni caso, come fu superiormente notato, il surrogato non può esercitare i diritti e le azioni del creditore che fino alla concorrenza della somma che ha realmente pagato per la liberazione del debitore. Se adunque ottenne dal creditore la remissione di una parte di debito, questa gioverà al debitore. Del pari non può pretendere a ragioni ed azioni che al creditore non appartenevano; in specie se soddisfece un debito infruttifero, non può il surrogato pretendere gl'interessi della somma pagata in base alla surrogazione; ma potrà chiederli coll'azione di mandato o di gestione di affari. [3]

Del pari come fu notato, se il credito che si vuol soddisfare col pagamento con surrogazione non sussisteva, il surrogato ha l'azione d'indebito contro il creditore per la ripetizione di ciò che pagò.

La surrogazione non nuoce mai al creditore; perciocchè *nemo contra se subrogare censetur.* Nondimeno se egli fu solo in parte soddisfatto, non può invocare contro il surrogato diritto di preferenza per privilegi o ipoteche che gli garantiscono il

---

[1] [2] Marcadé, loc. cit.; Mourlon, De la subr. p. 85 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 188 e 189 testo e note 84 e 85; *contro* Troplong, Des hypot. III, 800 e Du cautionnement, n. 366 e 429.

[3] Consulta Larombière, III, art. 1252, n. 11; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 187.

debito; esso non può che concorrere insieme con quello che gli fece il pagamento a far valere i rispettivi diritti in proporzione di quanto è loro dovuto (art. 1254 alinea).[1]

113. Quando una persona ha più debiti della stessa specie, per esempio, di grano, di vino, di denaro; e il pagamento che fa non basta a soddisfarli tutti, importa di sapere quale dei debiti sia stato soddisfatto. Il dichiarare quale debito s'intende di pagare, chiamasi *imputazione di pagamento* (art. 1255).

Il diritto di fare l'imputazione dei pagamenti appartiene al debitore, non essendo in sostanza, se non un'applicazione del diritto di disporre di ciò che paga (art. cit.). Non può per altro valersene in guisa, da pregiudicare le ragioni del creditore.[2] Quindi se il debito produca frutti o interessi, il debitore non può senza il consenso del creditore, imputare al capitale ciò che paga, in preferenza dei frutti e degl'interessi (art. 1256). Medesimamente, se il debito sia a termine e questo sia stato apposto a favore del creditore, il debitore non può imputare il pagamento a tale debito (art. 1260 4º). Infine non può pretendere d'imputare il pagamento ad un debito maggiore della somma che paga; perocchè il creditore non è obbligato a ricevere il pagamento in parte (art. 1256).

Se l'imputazione non venga fatta dal debitore, può farsi dal creditore. Essa diviene irrevocabile coll'accettazione che il debitore ne faccia; attalchè questi non può chieder più che sia fatta ad un debito differente; è però necessario che non siavi intervenuto, per parte del creditore, dolo o sorpresa; nel qual caso il debitore ha la facoltà di fare diversa imputazione: la sorpresa può consistere anche nell'abuso della semplicità o dell'ignoranza del debitore (art. 1257). Ma certamente il debitore inutilmente pretenderebbe di mutare l'imputazione fatta dal creditore e da lui accettata; adducendo che questa gli cagiona danno.

---

[1] Giusta il Codice napoleonico (art. 1253) il creditore conserva i diritti di preferenza, ma fu ben notato dagl'interpreti del medesimo che sarebbe stato più equo l'ammetterli in concorso.

[2] Vedi Leg. 1, D. de solut.

L'imputazione fatta dal creditore è efficace anche contro di lui; sicchè neppure egli può cambiarla.[1]

Se nè il debitore nè il creditore hanno fatto l'imputazione, la legge prescrive che il pagamento sia imputato:

1° Al debito scaduto di fronte ai debiti non scaduti (articolo 1258);

2° Al debito che nel tempo del pagamento, il debitore aveva maggiore interesse di estinguere, tanto se erano scaduti tutti, quanto se nessuno di essi era scaduto (art. cit.); quindi il pagamento deve imputarsi al debito, pel quale il debitore è soggetto all'arresto personale, prima che agli altri; al debito fruttifero piuttosto che all'infruttifero; al debito garantito prima che al non garantito; all'ipotecario anzichè al chirografario.[2] Se per avventura un debito sia più gravoso di un altro per un titolo, e questo più gravoso di quello per un altro titolo, è necessario di considerare tutte e singole le circostanze che in concreto rendono effettivamente l'uno più gravoso dell'altro. Tuttavia il pagamento fatto in conto di capitale e d'interessi, se non è integrale, s'imputa prima agl'interessi, siano compensativi, siano moratori,[3] quand'anche nella quietanza siano nominati prima gl'interessi che il capitale (art. 1256).[4]

3° Al più antico, se i debiti siano tutti scaduti e il debitore non abbia interesse di soddisfare l'uno piuttosto che l'altro (art. 1258 alinea). Per debito più antico s'intende secondo l'opinione comune quello dapprima scaduto; e se nessuno è scaduto, quello che primo scaderà;

4° A tutti i debiti proporzionalmente in parità di cose (art. 1258 alinea).

---

[1] Leg. 102, § 1, D. de solut. et liber.

[2] Vedi Toullier, VII, 179; Delvincourt, II, 557; Duranton, XII, 199; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 166 e seg.

[3] Delvincourt, II, 556; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 166 e seg.; *contro* Duranton, XII, 192; Marcadé, art. 1254, I.

[4] Marcadé, art. 1254, III.

114. Quando il creditore non possa o non voglia ricevere il pagamento, [1] il debitore che intende di liberarsi della sua obbligazione pagando, può ottenere la sua liberazione, mediante l'offerta reale e il deposito della cosa dovuta. [2] Egli gode di tale facoltà, quand'anche a pagare non abbia altro interesse che quello di liberarsi del suo debito. La stessa facoltà appartiene ad ogni persona terza che voglia pagare pel debitore. [3]

Per offerta reale s'intende la esibizione della cosa dovuta, fatta al creditore coll'invito di riceverla. Il deposito poi è la consegna della medesima.

Questo mezzo sussidiario di fare il pagamento e di ottenere la liberazione è giustificato dai molteplici e gravi interessi che il debitore può avere di estinguere il suo debito, tosto che ne sia venuto il momento.

Trattandosi di denaro, la validità dell'offerta reale è subordinata al concorso delle seguenti condizione, cioè:

1° L'offerta deve esser fatta per mezzo di un notaio o d'altro uffiziale pubblico autorizzato a tal sorta di atti: vi sono autorizzati l'usciere e il cancelliere di pretura (art. 1260 7° e art. 902 Cod. di proc.);

2° L'offerta deve essere constatata da processo verbale, giusta le disposizioni del Codice di procedura (art. 903 e seg. Cod. di proc.);

3° L'offerta deve esser fatta nel luogo convenuto pel pagamento; e, in mancanza di convenzione intorno a ciò, deve esser fatta alla persona del creditore, o al suo domicilio o a quello scelto per l'esecuzione del contratto (art. 1260 6°);

4° Che l'offerta del pagamento sia fatta con tutte le condizioni necessarie alla validità del pagamento medesimo. È

---

[1] Leg. 7 princ.; Leg. 17, § 3, D. de usur. XXII, 1; Leg. 7, § 2, D. de minor. IV, 4.

[2] Vedi la severa critica che Marcadé fa, delle disposizioni degli art. 1257-1264 del Codice napoleonico, identici in tutto agli articoli 1259-1266 del Codice patrio.

[3] Vedi sopra n. 103. — Le regole che verrò esponendo, in riguardo al debitore, saranno applicabili al terzo indicato nel testo.

necessario quindi nei relativi casi: *a)* che l'offerta medesima sia fatta da persona capace di pagare e al creditore capace di esigere od a chi ha la facoltà di ricevere pel medesimo; *b)* che il termine sia scaduto, se fu stipulato a favore del creditore; *c)* che siasi verificata la condizione, sotto la quale fu contratto il debito; *d)* che da ultimo comprenda l'intera somma, [1] i frutti e gl'interessi pur dovuti, e per di più, le spese liquide ed una somma per le spese non liquidate, colla riserva per qualunque supplemento (art. 1260 1°-5°).

Se il creditore accetta l'offerta, l'uffiziale che l'ha fatta eseguisce il pagamento e ne ritira la quietanza. Le spese dell'offerta rimangono a carico del creditore ove questi abbia precedentemente rifiutato il pagamento offertogli amichevolmente (arg. art. 1262). [2]

Se il creditore non accetta l'offerta, il debitore non è obbligato di farne dichiarare la validità dal giudice; egli può procedere immediatamente al deposito del denaro offerto; e senza veruna autorizzazione; perciocchè la legge non prescrive che fra l'offerta e il deposito si lasci passare un certo tempo, nè che il deposito sia autorizzato dal giudice.

Le condizioni necessarie per la validità di tale deposito sono:

1° Che esso sia stato preceduto da una intimazione fatta al creditore, nella quale s'indichi il giorno, l'ora e il luogo in cui la somma offerta sarà depositata (art. 1261 1°);

2° Che il debitore siasi privato del possesso della somma offerta, consegnandola, insieme cogl'interessi decorsi sino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi (art. 1261 2°);

3° Che siasi steso dall'uffiziale pubblico un processo verbale indicante la somma offerta, il rifiuto di accettarla per

---

[1] Il testo aggiunge, *od altra cosa dovuta*, ma questa espressione deve essere evidentemente soppressa; perchè trattasi di debito di denaro e non di altra cosa (Vedi Marcadé, art. 1257, II, in fine).

[2] Duranton, VII, 224; Marcadé, art. 1260, II; Aubry e Rau, IV, § 322, pag. 195.

parte del creditore o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito (art. 1261 3°);

4° Che quando il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale del deposito, colla intimazione di ritirare la cosa depositata (art. 1261 4°).

Il deposito deve farsi nei luoghi designati dalle leggi, e in mancanza dall'autorità giudiziaria (art. 905 Cod. di proc. civ.): esso quindi non sarebbe fatto validamente nelle mani dell'usciere, neppure allora che sia stato ingiustamente rifiutato dalla Cassa dei depositi e prestiti.[1]

115. Se la cosa dovuta è una cosa determinata la quale debba esser consegnata nel luogo in cui si trova, il debitore deve con atto d'intimazione fare ingiungere al creditore di eseguirne il trasporto. Fatta questa intimazione, se il creditore non trasporta la cosa, il debitore può ottenere dal giudice la permissione di depositarla in altro luogo (art. 1266). Se la cosa determinata non deve esser consegnata nel luogo in cui si trova, ma in altro luogo, il debitore dovrà trasportarla in questo, e quindi agire, giusta la disposizione dell'articolo 1266.

Se poi la cosa dovuta fosse determinata solamente nella specie, il debitore deve determinare nell'atto d'intimazione quale sia la cosa che intende di prestare, e conformarsi per il resto alla disposizione del medesimo articolo 1266.[2]

116. Le offerte reali producono innanzi tutto l'effetto generale di autorizzare il debitore a liberarsi mediante il deposito della cosa offerta in pagamento. Inoltre, se alcuno allo scadere di un termine, incorrerebbe nella decadenza di qualche suo diritto o in una penale, può ciò evitare mediante opportuna offerta reale, fatta prima della scadenza di tal termine.[3] Medesimamente, se il debitore si trovi soggetto alla regola, *dies interpellat pro*

---

[1] C. C. Napoli, 29 novembre 1866, B. XVIII, 1, 843.

[2] Toullier, VI, 212; Duranton, XII, 221; Aubry e Rau, III, 136. — Mourlon (II, 1388) insegna che in quest'ultimo caso dovrebbero seguirsi le regole concernenti l'offerta reale e il deposito del denaro.

[3] Consulta Larombière, III, art. 1257, n. 8,

homine; può evitare di cadere in mora, facendo l'offerta reale alla scadenza di tal giorno; ove però non faccia immediatamente anche il deposito, potrà essere costituito in mora dal creditore mediante interpellazione; perciocchè col deposito soltanto soddisfa integralmente la sua obbligazione.[1]

Infine se il debitore di una cosa determinata si trovi costituito in mora, può purgarla per l'avvenire, facendo l'offerta di quella; egli quindi da tal momento cessa di esser tenuto pei rischi e pericoli della medesima,[2] e di essere risponsabile dei danni. Ma se egli deve una cosa determinata soltanto nella sua specie, o una somma di denaro, l'offerta reale nè purga la sua mora, nè arresta il corso degl'interessi convenzionali o moratori (arg. art. 1261 2°).[3]

Il deposito della cosa dovuta, tenendo luogo di effettivo pagamento, libera il debitore: esso quindi in ogni caso fa cessare gl'interessi e fa passare la cosa depositata a rischio e pericolo del creditore (art. 1259 alinea).[4]

Ciò nonostante, la cosa depositata non diviene proprietà del creditore; perciocchè *dominium invito non acquiritur*. Perciò il debitore può con atto unilaterale della sua volontà, ritirare il deposito, finchè non sia stato accettato dal creditore (art 1263); o finchè l'offerta e il deposito non sono stati dichiarati validi da una sentenza passata in giudicato per la nota massima che *in iudiciis quasi contrahitur* (art. 1264). Se il debitore ritira il deposito, il debito rivive con tutti i suoi accessori, come se non fosse stato mai estinto; quindi i condebitori e i fideiussori

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 322, pag. 197 testo e nota 23; *contro* Toullier, il quale è d'avviso che il debitore il quale ha fatto l'offerta reale, non possa più essere costituito in mora.

[2] Non osta la disposizione finale dell'articolo 1259; consulta Larombière, III, art. 1257, n. 10; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. testo e nota 24.

[3] Duranton, XII, 225; Marcadé, art. 1257, II; Larombière, art. 1259, n. 7; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. testo e nota 25; vedi Parma, 17 aprile 1866, B. XVIII, 2, 158; *contro* Toullier, VIII, 221.

[4] Consulta Delvincourt, II, 547 e seg.; Duranton, XII, 225; Aubry e Rau, III, 137 e 138 testo e note 21-26.

si considerano, come non mai liberati; e i privilegi e le ipoteche che garantivano il credito, continuano a sussistere (art. 1263).

La facoltà di ritirare il deposito appartiene esclusivamente al debitore; e non può in sua vece essere esercitata dai suoi creditori; perciocchè non può riconoscersi in questi il diritto di far rivivere un debito di cui quegli volle legittimamente liberarsi. [1] Al contrario i creditori di colui, nell'interesse del quale il deposito è stato fatto, può accettarlo a nome del medesimo e sino alla concorrenza dell'importare delle loro ragioni (art. 1234).

Accettato il deposito, o passata in giudicato la sopraddetta sentenza, il debitore non può ritirare il deposito che col consenso del creditore. La convenzione però che intervenga fra il debitore e il creditore sul ritiro del deposito, non fa rivivere l'antica obbligazione a pregiudizio dei terzi. Quindi nonostante tale convenzione, i condebitori o i fideiussori rimangono, come erano, definitivamente liberati per effetto dell'accettazione del deposito da parte del creditore o della sentenza passata in giudicato (art. 1264); del pari il creditore non può valersi pel pagamento del suo credito, de' privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse in pregiudizio dei terzi possessori dei fondi ipotecati o dei creditori ipotecari (art. 1265). Anzi deve ritenersi che neppure nei rapporti fra creditore e debitore riviva l'antica obbligazione: ne nasce invece una del tutto nuova; dimodochè i privilegi e le ipoteche che garantivano il credito originario, non rivivono neppure a pregiudizio del debitore che continua a possedere i fondi ipotecati (art. e arg. art. 1265). [2]

117. Le spese dell'offerta reale e del deposito, se questi atti sono validi, sono a carico del creditore; perocchè egli, col fatto suo, cioè col rifiuto espresso o tacito del pagamento, ha dato causa alle medesime (art. 1262).

---

[1] Consulta Larombière, III, art. 1261, n. 2; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 199 testo e nota 32; *contro* Duranton, XII, 237-239.

[2] Aubry e Rau, IV, § 322, pag. 200; Mourlon, II, 1386.

SEZIONE II.

DELLA NOVAZIONE [1]

SOMMARIO

118. Che cosa sia la novazione; e di quante specie: obbiettiva e subbiettiva — Della novazione obbiettiva: quando abbia luogo — Della novazione subbiettiva: quando abbia luogo — Le due specie di novazione possono concorrere insieme?

119. Delle condizioni che occorrono per la novazione — Prima condizione: due obbligazioni — Può servir di materia a novazione, una obbligazione naturale? — *Quid* di una obbligazione nulla ma convalidabile? — *Quid*, se la obbligazione preesistente sia condizionale; e viceversa? — *Quid* di una obbligazione nulla in modo assoluto e irreparabile? — Seconda condizione: l'intenzione di novare — Questa non può esser presunta, ma può essere manifestata anche in modo tacito: quistioni — *Quid iuris*, se questa intenzione sia dubbia? — Terza ed ultima condizione: le parti debbono avere la necessaria capacità di novare.

120. Effetto della novazione — Estingue di pien diritto l'obbligazione antica — Colla obbligazione si estinguono le garantíe della medesima — Può questo effetto essere impedito mediante riserva? subisce in verun caso qualche modificazione? — Le garantíe reali della obbligazione antica si trasferiscono o no sui beni del nuovo debitore? — Il debitore che accettò la delegazione, può opporre al secondo creditore le eccezioni di cui si sarebbe potuto valere contro l'originario?

118. La novazione [2] è la sostituzione di un'obbligazione nuova ad altra antica. [3]

La novazione può essere obbiettiva e subbiettiva.

È oggettiva, quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico che rimane estinto (art. 1267 1°). Questa sostituzione può aver luogo primieramente per cambiamento dell'oggetto che deve prestarsi; come se ti debba cento lire, e conveniamo invece che ti darò due quintali di grano: la cosa stessa dicasi, se ad una obbli-

---

[1] Sotto questa sezione la legge non tratta che della novazione volontaria che ha luogo per effetto di una convenzione: della novazione necessaria che risulta dalla contestazione della lite, tace (Consulta intorno a questa seconda specie di novazione Gaius, III, § 180; Merlin, Rép. v° Novation, § 1).

[2] Novatio a novo nomen accepit, et a nova obligatione (Leg. 1 princ. D. de nov. et deleg. XLVI, 2).

[3] Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio, atque translatio (Leg. 1 princ. eod.).

gazione di quantità ne venga sostituita altra parimente di quantità maggiore o minore della prima.[1] Può secondariamente aver luogo per mutazione della causa; come se ti debba mille lire per titolo di legato, e col tuo consenso mi dichiaro tuo debitore di altrettanto per titolo di mutuo con interesse.[2] Infine tale sostituzione può essere il risultato di un cambiamento nelle modalità, sostituendo per esempio ad una obbligazione pura e semplice una obbligazione condizionale o a termine,[3] e viceversa; o negli accessori della medesima, sia aggiungendo, sia togliendo o diminuendo le cauzioni.[4]

La novazione poi soggettiva consiste in un cambiamento dei soggetti della obbligazione. Tale cambiamento può aver luogo in tre diverse maniere, e primieramente per sostituzione di un nuovo debitore all' antico, che viene liberato dal creditore (art. 1265 2°). Per operare questa novazione, non si richiede che il debitore antico dia al nuovo un mandato per sostituirsi a lui; perciocchè questi può obbligarsi in luogo dell'altro per sua propria volontà, anzi contro il volere del medesimo, trattandosi come in materia di pagamento, di stipulare un atto essenzialmente vantaggioso al debitore che non ha alcun interesse di opporvisi.[5] Ordinariamente però l' antico debitore conferisce per ciò opportuno mandato ad un terzo qualunque, ma il più delle volte ad un suo debitore: in questa ultima ipotesi il mandato prende il nome speciale di delegazione: allora adunque la novazione si opera coll'intervento di tre persone del delegante che è l'antico debitore; del delegato che è il nuovo debitore; del delegatario che è il creditore a cui vien fatta la delegazione.[6]

---

[1] Leg. 9, § 2; Leg. 28, D. de nov. et deleg. XLVI; 2; Leg. 8, C. de nov. et deleg.

[2] Inst. § 1, quib. mod. toll. obl. III, 30; Leg. 8, § 1. D. de nov. et deleg. XLVI, 2.

[3] Inst. § 3, quib. mod. toll. obl.; Leg. 5 e 8, § 1, D. de nov. et deleg.; Leg. 8, C. eod.

[4] Inst. § 3 cit.; Leg. 8, C. eod.

[5] Leg. 8, § 5, D. eod.

[6] Leg. 11 princ. e § 1, D. eod.; Leg. 2, C. eod.

Secondariamente la novazione subbiettiva si opera per sostituzione di un nuovo creditore all'antico, verso cui il debitore rimane liberato; come se esempligrazia, tu dovendo a me 1000, e altrettanto io dovendo a Sempronio, conveniamo col consenso di questo che tu sia verso di me liberato, e riconosca invece per tuo creditore Sempronio (art. 1267 3º).[1] In questo caso è assolutamente necessario che l'antico creditore dia un mandato di delegazione ad un terzo che stipuli in sua vece; perciocchè da una parte, niuno ha qualità per privarci a nostra insaputa di un nostro credito; e dall'altra un nostro debitore non può validamente pagare, nostro malgrado, ad un terzo.[2]

In terzo ed ultimo luogo la novazione soggettiva ha luogo per la sostituzione di un nuovo debitore all'antico, e di un nuovo creditore all'antico. Questa nuovazione non può compiersi che coll'intervento di quattro persone, e può servire a sostituire a tre un sol rapporto obbligatorio. Nulla vieta che la novazione oggettiva concorra colla soggettiva.

119. Perchè possa operarsi la novazione si richieggono tre condizioni.[3] Perciocchè innanzi tutto sono necessarie due obbligazioni; l'una antica o preesistente che possa divenir causa della nuova obbligazione che deve sostituirla.[4] Perchè si verifichi questa condizione, basta che sussista una obbligazione naturale, che può essere validamente trasformata in obbligazione civile;[5] eccettochè non si tratti di obbligazione di giuoco.[6] Anzi può servir di materia alla novazione un'obbligazione nulla ma sanabile colla conferma, in quanto può essere trasmutata in

---

[1] Leg. 20 princ. D. eod.

[2] Leg. 8, § 5 in fine, D. eod.

[3] È noto che giusta il diritto romano si richiedeva una quarta condizione, risguardante la forma della stipulazione, sotto cui la novazione doveva esser fatta (Consulta Leg. 2, 9 princ. e Leg. 11, § 1, D. de nov. et deleg.; Leg. 2, in fine, C. de exsec. rei iud. VII, 53; Leg. 1 princ.; Leg. 5 princ. C. eod.).

[4] Leg. 7 princ. de doli except. XLIV, 4; Leg. 4, D. de novat. et deleg.

[5] Leg. 1, § 1, D. de nov. et deleg.

[6] Vedi sopra n. 4.

obbligazione perfettamente valida. [1] Se la obbligazione preesistente sia condizionale, la novazione che intorno ad essa sia stata fatta, diverrà perfetta nel momento in cui la condizione venga a verificarsi; perchè in tal momento soltanto quella obbligazione incomincia a sussistere, sebbene con effetto retroattivo; ma tosto che nasce, trovasi sostituita dalla obbligazione nuova. Se poi la condizione venga a mancare, la novazione deve aversi per non fatta, mancandole uno de'suoi elementi essenziali, una obbligazione preesistente. [2] Ove poi le parti sostituiscano ad una obbligazione condizionale una obbligazione pura e semplice che debba avere effetto immantinenti e indipendentemente dall'evento della condizione, esse senza dubbio non stipulano una novazione; perciocchè in verità non possono novare una obbligazione che non sussiste. Medesimamente, se ad una obbligazione pura e semplice ne venga sostituita una condizionale; la esistenza della novazione rimane incerta, finchè la condizione sia pendente; essendo del pari incerto, se sussisterà o no la nuova obbligazione. Nondimeno pendente la condizione, non è esigibile neppure l'antica obbligazione pura e semplice; perciocchè le parti stipulando la novazione, mostrarono chiaramente l'intenzione di ritardarne l'esigibilità, sino a che la condizione apposta alla nuova obbligazione sia pendente. [3] Se la condizione si verifica, la novazione ha immantinenti effetto, sostituendosi l'obbligazione nuova purificata della condizione, alla antica; ove invece la condizione venga a mancare, la novazione si ha per non fatta, per mancanza di nuova obbligazione; e l'antica ridiviene esigibile. [4] Anco in questo caso, nulla vieta alle parti di sostituire in modo definitivo una obbligazione condizionale ad una obbligazione pura; la loro convenzione però non costituisce una novazione; perciocchè nel

---

[1] Vedi sopra n. 4.

[2] Leg 8, § 1 e 2; Leg. 14, § 1, D. eod.

[3] Gaius, III, 179; Leg. 8, § 1, D, eod.; Leg. 80, 83, de iure dot. XXIII, 3; Leg. 60, § 1, D. de cond. indeb. XII, 6; Leg. 36, D. de reb. cred. XII, 1.

[4] Gaius, loc. cit.; Leg. 8, § 1; Leg. 14 princ. e Leg. 31 princ. D. eod. de nov. et deleg.

momento della stipulazione non sussiste una nuova obbligazione. Infine se l'antica obbligazione sia nulla in modo assoluto ed irreparabile, la novazione non può aver luogo; e la nuova obbligazione deve aversi per non contratta. Medesimamente non si avrà novazione, se la obbligazione nuova sia nulla; ma l'antica continuerà a sussistere come per lo innanzi. [1]

In secondo luogo si richiede che le parti abbiano avuto l'intenzione di novare *(animus novandi)*. La novazione non si presume, perciocchè include la rinunzia al credito antico (articolo 1269). Ma tale intenzione può esser manifestata in modo espresso e in modo tacito (art. e arg. art. 1269). [2] Per la novazione espressa non si richieggono termini sacramentali. Per la tacita è necessario che dagli atti intervenuti fra le parti chiaramente resulti la volontà di effettuarla (art. 1269). Quindi per quanto concerne la novazione obbiettiva, essa risulta necessariamente dal cambiamento di obbietto o di causa; perciò vi sarà novazione nel caso che in luogo delle lire 1000 che ti debbo, mi obbligo di darti venti quintali di grano; vi sarà parimente novazione nel caso in cui alla obbligazione di prezzo per acquisto fatto, si sostituisca una obbligazione di mutuo per altrettanto. Al contrario non risulta almeno in modo necessario, dalle mutazioni nelle modalità e negli accessori della obbligazione o nel modo di pagamento; quindi non risulta necessariamente novazione dall'aggiunta di una condizione o di un termine alla obbligazione esistente, dalla concessione di un'ipoteca a garantía del credito; non risulta neppure dalla concessione di una maggiore o minore dilazione fatta al debitore, per eseguire il pagamento quand'anche in corrispettivo siano stati pattuiti degl'interessi; nè dal cambiamento di luogo, in cui questo debba effettuarsi; meno ancora risulta da un atto che

---

[1] Vedi Leg. 1, § 1; Leg. 24, D. de novat.; Leg. 56, de remiss. pign.; Toullier, VII, 299; Aubry e Rau, III, 153; Mourlon, II, 1407.

[2] Consulta Torino, 28 settembre 1866, G. XVIII, 2, 525. Anco presso gl'interpreti del diritto romano è ora prevalente l'opinione che la volontà di novare può essere anche tacita (Van Wetter, I, § 202, pag. 719 e i moltissimi che cita).

sia stato compiuto coll'intento di creare un mezzo di prova della obbligazione. Invero, mentre nelle prime ipotesi, le parti, trasformando la stessa obbligazione, non possono non aver voluto preferire la nuova alla vecchia obbligazione; nelle seconde al contrario, rimanendo intatta nella sua essenza l'obbligazione, è più probabile che abbiano inteso di mantenerla, apportandovi semplici modificazioni. [1]

Quanto poi alla novazione subiettiva, ove essa si operi mediante la sostituzione di un creditore nuovo all'antico, deve aversi per effettuata, tutte le volte che chiaramente apparisce esser stata intenzione delle parti che il debitore fosse liberato verso il creditore originario; in forza di una obbligazione nuova contratta a favore del creditore sostituito. Al contrario la semplice indicazione fatta dal creditore di una persona che debba per lui ricevere, non produce novazione; non producendo ciò mutamento di creditore; perciocchè essa non può essere che un mandatario per ricevere (art. 1273 alinea). [2]

Infine, per quanto concerne la novazione soggettiva risultante dalla sostituzione di un nuovo debitore all'antico, conviene distinguere la espromissione dalla delegazione: la espromissione suppone sempre la novazione e deve considerarsi come espromissione ogni obbligazione contratta da un terzo ed accettata dal creditore coll'intenzione di liberare il debitore; [3] se il debitore non sia liberato, non si opera già una espromissione ma o un'accessione (*adpromissio*, aggiunzione della promessa di questo terzo alla obbligazione del debitore), [4] di soddisfare l'obbligazione, o una garantia. [5] Al contrario la delegazione, benchè fatta col concorso delle tre persone che

---

[1] Aubry e Rau e Mourlon, loc. cit.; Torino, 28 settembre 1866, B. XVIII, 2, 525; C. C. Torino, 23 luglio 1868, B. XX, 1, 745; Napoli, 15 gennaio 1869, B. XXI, 2, 18.

[2] Leg. 1 e 6, C. de novat.; e Leg. 8 in fine, C. de obl.

[3] [4] Consulta C. C. Napoli, 18 novembre 1869, B. XXI, 1, 740.

[5] Toullier, VII, 290; Duranton, VII, 322; Aubry e Rau, IV, § 324, pag. 220.

vi debbono figurare, non produce per se stessa novazione;[1] è necessario che o contemporaneamente o in appresso il creditore liberi il debitore in modo espresso; perciocchè in questo caso speciale la volontà di effettuare la novazione non può essere tacita (art. 1271); però neppure in questo caso le espressioni debbono essere sacramentali.[2] Molto meno produce novazione la semplice indicazione fatta dal debitore di una persona che debba pagare in sua vece (art. 1273).

Se l'intenzione di novare non risulti chiaramente, l'antica obbligazione continua a sussistere, come per lo passato, e la nuova a quella si aggiunge; senza che per altro il debitore debba più di un solo pagamento.[3]

In terzo ed ultimo luogo si richiede che le parti abbiano la necessaria capacità di novare. Il creditore dell'antica obbligazione deve esser capace di alienare; perciocchè in verità egli aliena il suo credito (art. 1268).[4] Il debitore della nuova obbligazione deve esser capace di obbligarsi, e il nuovo creditore di stipulare (art. cit.). Quanto al debitore dell'antica obbligazione, non è necessario che possegga veruna capacità; perciocchè la novazione può effettuarsi anche a sua insaputa e suo malgrado.

120. La novazione estingue di pien diritto l'obbligazione antica. La estinzione è definitiva e indipendente da avvenimenti posteriori, essendo regola che: *obligatio sive actio semel extincta non revivisci, nisi iusta causa subsit ex qua aequitas subveniat*; ma è tale riguardo ai terzi sempre, riguardo alle parti nei casi in cui trattasi di una novazione effettuata con la sostituzione di un

---

[1] Consulta Doveri, II, 406, nota 4, sulla differenza fra la delegazione del diritto romano e quella del diritto patrio.

[2] Vedi Toullier, VI, 290; Duranton, XII, 309, 323 e 324; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. testo e nota 42; Marcadé, art. 1275, I; Demolombe, XXIV, 34; Torino, 28 settembre 1866, B. XVIII, 2, 525.

[3] Consulta Inst. § 3 in fine; Leg. 2 in fine; Leg. 8, § 5, D. de nov.; Leg. 8, C. eod.

[4] Consulta Leg. 3, 20, § 1 princ. D. eod.; Leg 15, D. de solut. XLVI, 3; Leg. 9 princ. D. eod.

debitore nuovo all'antico o con la dazione in pagamento. Quindi l'obbligazione anteriore non rivive, se la obbligazione contratta dal nuovo debitore sia nulla per sua incapacità o per vizio del suo consenso; se il fondo dato in pagamento sia evitto; se il debitore delegato sia insolvibile; [1] salvo però, nei congrui casi, l'azione di garantía; per esempio, il creditore a cui è stato evitto il fondo datogli in pagamento, ha l'azione di garantía contro colui che glielo ha dato, in base al contratto di dazione in pagamento, e non dell'antica obbligazione che non è punto rinata; del pari il creditore, che ha liberato il debitore dal quale fu fatta la delegazione, ha il regresso contro quest'ultimo nel caso che l'atto contenga una riserva espressa, o il delegato fosse di già in istato di non solvenza o di fallimento al momento della delegazione; questo regresso non è che un'azione di garantía fondata sulla insolvibilità del delegato (art. 1272). [2]

La novazione fatta fra il creditore e uno dei debitori in solido, libera tutti i condebitori (art. 1277); ma il debitore che l'ha fatta, può valersi del benefizio della surrogazione legale contro i concreditori liberati. [3]

Colla obbligazione anteriore si estinguono eziandio tutti i suoi accessori. [4] Quindi i privilegi e le ipoteche della medesima non passano, in quella che le è sostituita (art. 1274). Per lo stesso motivo, la novazione effettuata relativamente al debitore principale libera i fideiussori, e quella fatta tra il creditore ed uno dei debitori in solido, libera tutti i condebitori (art. 1277). Ma il creditore può mediante espressa riserva impedire che si estinguano i privilegi e le ipoteche che garantivano il credito anteriore (art. 1274 in fine); i privilegi però

---

[1] Inst. § 3, quib. mod. tollit. obl.; vedi Toullier, XVII, 302; Duranton, XII, 282; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Leg. 26, § 2, D. mand.; Leg. 3, C. de nov.; consulta Doveri, II, 406, nota 4.

[3] Larombière, III, art. 1281, 1.

[4] Inst. § 2, quib. mod. obl. toll.; Leg. 3, C. de nov. et obl.; Leg. 8, § 3 in fine, D. ad SC. Vellei.; Leg. 18 e 29, D. de nov. et obl.; Leg. 68, § 1, D. de evict.; Leg. 4, C. de fideiuss.

e le ipoteche riservate a garantía del nuovo credito, non hanno efficacia contro i terzi che giusta l'importanza del credito anteriore. Per la efficacia di questa riserva non si richiede il consenso di colui contro il quale è fatta; attalchè anco nel caso di espromissione la riserva ha effetto per i privilegi e per le ipoteche gravanti sui fondi del debitore anteriore. [1] Se però la novazione si effettua tra il creditore e uno dei debitori in solido, i privilegi e le ipoteche cui sono gravati i beni degli altri condebitori, non possono esser riservate che col loro consenso espresso o tacito (art. 1276). [2] Per quanto infine concerne i fideiussori e i debitori solidali, il creditore non può con una riserva pura e semplice, continuare a tenerli vincolati in suo favore; ma deve ottenere l'adesione degli uni e degli altri; ovvero far dipendere da questa adesione l'esistenza della novazione (art. 1277): in questo secondo caso se i fideiussori e i condebitori consentono di rimanere garanti del nuovo credito, la novazione diviene perfetta; altrimenti la novazione si ha come non fatta (art. cit.).

Dall'altro canto, i privilegi e le ipoteche primitive del credito non si trasferiscono sui beni del nuovo debitore (art. 1275); più ancora, la ipoteca che questi conceda sui propri fondi per garantía della obbligazione che assume, non prende già la data

---

[1] Toullier, VII, 312; Duranton, XII, 310 e 311; Aubry e Rau, IV, § 324, pag. 222-223.

[2] Questo è il vero senso dell'articolo 1276 (identico all'art. 1280 del Cod. nap.), che è inteso non già a rendere assolutamente impossibile la conservazione dei privilegi e delle ipoteche gravanti sui beni degli altri condebitori solidali, ma solamente a subordinarne la conservazione al consenso di questi; così Aubry e Rau (loc. cit. nota 55). Ma aggiungono nella nota seguente, che loro sembra assai difficile di giustificare la disposizione eccezionale dello stesso articolo. E veramente, ammettendo che i condebitori solidari, liberati mediante la novazione operatasi fra il creditore ed uno di essi, non possono esser tenuti personalmente senza il loro consenso per la nuova obbligazione, non si vede il perchè questo consenso sia necessario per la riserva delle ipoteche, la cui esistenza non è affatto incompatibile con la liberazione personale dei proprietari degl'immobili gravati d'ipoteca o di privilegio (Consulta pure Toullier, VII, 313; Duranton, XII, 305; Larombière, III, art. 1279, II).

delle ipoteche che gravavano sui beni del debitore originario; porterà invece quella della propria iscrizione.

Infine, per effetto della novazione, il debitore che accettò la delegazione, non può opporre al secondo creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario, salva però la sua azione contro di questo. Tuttavia trattandosi di eccezioni dipendenti dalla qualità della persona, il debitore può opporle, se tale qualità sussisteva ancora al tempo in cui ha acconsentito alla delegazione (art. 1278).

SEZIONE III.

DELLA REMISSIONE DEL DEBITO

SOMMARIO

121. Che cosa sia la remissione del debito; e di quante specie: volontaria e forzosa: la prima può essere reale e personale — La remissione del debito si distingue pure in espressa e tacita — Fatti da cui può risultare la remissione tacita: nel dubbio deve esser presunta — Essa risulta in ispecie dalla volontaria restituzione del titolo originale sotto forma privata, fatta dal creditore al debitore — Si analizzano le quattro condizioni; a cui è subordinata questa presunzione — Il debitore che si trova in possesso del titolo, deve o no provare che gli fu restituito dal creditore? Questi può provare che non restituì il titolo al debitore? — Carattere di cotesta presunzione: è assoluta — Al contrario non risulta dalla restituzione del pegno — La remissione del debito può essere o no ritirata?

122. La remissione del debito non può esser fatta che a titolo gratuito — Conseguenze in genere e in specie, riguardo alla capacità di farla e di riceverla — *Quid* della forma?

123. Effetto della remissione del debito: lo estingue — *Quid*, se v'hanno più condebitori in solido? — *Quid* della remissione accordata al debitore, rispetto al fideiussore e viceversa? — *Quid*, se esistano più fideiussori e la remissione sia stata accordata ad uno di essi?

121. La remissione del debito è la rinunzia del credito fatta dal titolare di questo. È adunque un atto unilaterale che si compie per sola volontà del creditore; senza esser necessario il concorso del debitore, il quale conseguentemente rimane liberato anche a sua insaputa. Essa è ben distinta dalla estinzione delle obbligazioni derivanti dai contratti bilaterali, che ha luogo collo scioglimento di questi per mutuo dissenso.

La remissione del debito è volontaria o forzosa; secondo che è fatta volontariamente o necessariamente per prescrizione

di legge; è forzosa la remissione di debito che i creditori debbono fare a favore del fallito. Ma la prima soltanto appartiene al diritto civile. Questa si suddistingue in *reale* e *personale* pel caso che più siano gli obbligati. Dicesi reale quando il creditore rinunzia al suo credito in modo assoluto, generale, ossia a favore di tutti coloro che sono obbligati; è poi personale quando vi rinunzia a favore di alcuna delle persone che sono obbligate. Se la remissione del debito sia reale o personale è questione d'intenzione.

La remissione volontaria può essere espressa e tacita, secondo che è conceduta in modo formale o risulta dai fatti.

La remissione espressa può essere conceduta con atto fra vivi o a causa di morte; in questo secondo caso prende il nome speciale di legato di liberazione. [1]

La remissione tacita può risultare da ogni specie di fatti o di atti. Se un dato fatto o atto importi o no remissione del debito, è questione d'intenzione da decidersi dal giudice colle norme del prudente arbitrio. Ove sia dubbio se il fatto o l'atto da cui si pretende dedurre la remissione del debito, ne includa la intenzione, quella deve essere esclusa piuttostochè ammessa.

Ma la legge presume la remissione del debito dalla volontaria restituzione del titolo originale del credito sotto forma privata fatta dal creditore al debitore; non essendo affatto verosimile che il creditore il quale voglia conservare il suo diritto di credito verso il debitore, ne renda a questo il titolo (art. 1279).[2]

---

[1] Vedi sopra IV, 291.

[2] Giusta la formale disposizione di questo articolo la restituzione volontaria del titolo fa presumere la remissione del debito. Però il titolo può essere stato restituito anche per effetto del pagamento del debito. Or bene, se vi abbia interesse di ammettere da una parte la remissione del debito, dall'altra il pagamento, quale dei due dovrà ammettersi nel dubbio? il pagamento che è il mezzo ordinario della sodisfazione dei debiti, specialmente che la remissione del debito non può presumersi in forza delle regole che *nemo praesumitur iactare suum* (Vedi Marcadé, art. 1283, IV, e tieni conto della differenza fra i testi del Codice napoleonico e del Codice patrio nel consultare gli altri giuristi francesi che espongono una diversa teoria).

Perchè questa presunzione legale abbia luogo si richieggono quattro condizioni: cioè,

1° Che il credito sia provato da un titolo di forma privata; se adunque il credito sia provato da un atto pubblico, il debitore non può invocare la presunzione di legge;

2° Che sia restituito il titolo originale del credito: se adunque fosse stata restituita o data una copia del medesimo, il debitore non potrebbe parimente invocare la presunzione di legge;

3° Che la restituzione del titolo siasi fatta dal creditore al debitore; quindi se quegli lo avesse dato ad un terzo per qualsiasi motivo, e questo terzo l'avesse consegnato al debitore, questi non potrebbe invocare la presunzione legale; salvo che il terzo abbia avuto il mandato di fare la remissione del debito;[1]

4° Che la restituzione del titolo sia fatta volontariamente; invero non il fatto nella sua materialità importa remissione del debito, ma il fatto, come manifestazione della intenzione di rimettere il debito; la quale intenzione non può dedursi che da un fatto volontario.

Il debitore però che si trova in possesso del titolo, non è tenuto a provare il concorso delle due ultime condizioni, cioè che la restituzione gli fu fatta dal creditore e volontariamente; perocchè, oltre che il fatto del possesso ciò fa presumere sino a prova contraria, egli figura come convenuto nel giudizio che il creditore gl'intentasse, per il pagamento del debito. Invece spetta a questo di provare che egli non restituì il titolo, ma che per esempio, lo perdè o gli fu derubato; che lo restituì per violenza, per errore, per dolo; o che per abuso di confidenza da parte di un terzo a cui egli lo aveva consegnato, il titolo trovasi in possesso del debitore. Egli può fare tal prova con tutti i mezzi, non escluse le presunzioni.[2]

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 323, pag. 206 e 207.

[2] Marcadè, art. 1283, II e III.

La presunzione della remissione del debito in base della restituzione del titolo è assoluta *(iuris et de iure)*, in questo senso, che il creditore non può distruggerla direttamente col provare che restituendo volontariamente il titolo, non ebbe l'intenzione di liberare il debitore. Ove però il creditore allegasse che consegnò il titolo al debitore sotto la condizione che questi dovesse restituirglielo, come se esempligrazia, lo abbia dato al debitore medesimo o al suo autore in deposito, egli può fare sì la prova di tale allegazione ma non può valersi che dei mezzi ammessi dalla legge per la prova delle convenzioni. Inoltre il creditore può sempre deferire al debitore interrogatorii o il giuramento sopra il fine della restituzione del titolo; se cioè gliel' abbia fatta coll'intenzione di liberarlo. [1]

Al contrario la legge medesima esclude l'intenzione di rimettere il debitore dal fatto della restituzione del pegno (art. 1280). Infatti il creditore che restituisce il pegno, rinunzia alla garantía del credito, ma non al credito, oggetto principale e che ha un'esistenza propria ed indipendente dal pegno. Per identità di ragione non basta a far presumere la remissione del debito il consenso prestato alla cancellazione dei privilegi e delle ipoteche.

Infine la liberazione del fideiussore non importa remissione del debito a favore del debitore principale (art. 1282).

La remissione del debito, come la rinuncia può essere ritirata, finchè non sia stata accettata, [2] e come ogni convenzione diviene irrevocabile coll'accettazione, e indipendentemente dalla notificazione di questa al creditore. [3]

---

[1] Delvincourt, II, part. II, pag. 572; Duranton, XII, 365; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 207; Marcadé, art. 1282; Mourlon, II, 1426 e seg.

[2] Delvincourt, II, part. II, n. 571; Duranton, VIII, 394 è XII, 357; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 204.

[3] Marcadé (tom. IV, n. 788) nota giustamente che se il creditore abbia voluto puramente e semplicemente privarsi del suo diritto di credito, senza riguardo alcuno verso il debitore, non si richiede l'accettazione per parte di questo; acciò la remissione produca irrevocabilmente il suo effetto. Se non che parmi difficile il provare siffatta volontà, di fronte al fatto della dimanda di pa-

122. La remissione del debito non può essere che a titolo gratuito. [1]

La remissione del debito a titolo gratuito è nella sostanza una liberalità. Quindi non può aver luogo che fra persone rispettivamente capaci di disporre e di ricevere per donazione; è soggetta alla collazione e alla riduzione, ed è revocabile giusta i principî di diritto comune che regolano la liberalità.

Ma nella forma non è soggetta alle regole della donazione; perocchè mediante essa, non si effettua una traslazione di proprietà.

123. L'effetto della remissione del debito è in generale quello di estinguerla.

Questo effetto si produce in modo puro semplice e completo; quando unico sia il debitore; è indifferente che v'abbiano o no garantie; perocchè estinto il debito, anche queste si estinguono necessariamente.

Ma quando siano più i debitori, la estinzione del debito non ha luogo nè così semplicemente nè così completamente. Invero la remissione fatta ad uno dei condebitori in solido, libera non solo il debitore a cui favore è fatta, ma eziandio gli altri. Il creditore però può riservarsi i suoi diritti contro gli altri condebitori in solido e in questo caso conserva contro questi la sua azione solidaria non già per il credito nella totalità ma fatta la detrazione della parte di colui al quale ha

gamento che il creditore medesimo promuove; tanto più che la rinunzia di un diritto non deve ammettersi, se non quando sia chiaramente provato, e maggiormente che questa nel caso concreto sa d'irragionevole; perchè fatta senza alcuna considerazione verso la persona del debitore a cui pure solamente giova.

[1] Marcadé (tom. cit. n. 776) ritiene che la remissione del debito possa farsi anche a titolo oneroso. Ma questa dottrina non è esatta, siccome ce ne dà motivo a credere il ragionamento di lui medesimo; perocchè, se il debitore dà l'equivalente al creditore per ottenere la liberazione, si avrà o pagamento puro e semplice o pagamento preceduto da novazione; nel caso contrario, si avrà pagamento per la parte che il debitore dà, remissione per l'altra parte; se poi siasi transatto (e pare che la transazione siasi presentata alla mente del giurista francese) avrassi una transazione e non una remissione del debito.

fatto la remissione (art. 1282); perocchè senza tale detrazione. la remissione rimarrebbe senza effetto, atteso il regresso che il condebitore che paga avrebbe contro di quello a cui la remissione si sarebbe fatta (art. 1199). [1]

Parimente la remissione fatta a favore del debitore principale libera egualmente i fideiussori (art. 1282); non ostante qualunque riserva che il creditore avesse fatta dai suoi diritti contro questi, essendo assurdo che rimangano obbligati i garanti di un debito che si è estinto (art. 1282). Al contrario la remissione del debito fatta ad una delle persone che lo hanno contratto congiuntamente ma senza solidarietà, non libera che quella e lascia obbligate le altre, ciascuna per la sua parte, come per lo innanzi. Medesimamente la liberazione conceduta ad uno dei fideiussori, non libera gli altri fideiussori che fino alla concorrenza di ciò che il creditore abbia ricevuto per concederla (art. 1282, 1283 e 1284). Chè se il creditore non ha ricevuto nulla, la liberazione conceduta ad uno dei fideiussori, profitta a questi per la parte che sarebbe gravata sul liberato; non potendosi convenire i fideiussori non liberati che dedotta tal parte (art. 1283); altrimenti la remissione rimarrebbe senza effetto; inquantochè i fideiussori, ove abbiano rinunziato al benefizio della divisione, possono valersi della disposizione dell'art. 1281, per essere in effetto condebitori in solido (art. 1911). Se non v'abbiano rinunziato, possono sottrarsi al pagamento della parte dovuta da colui al quale fu fatta la remissione, valendosi della disposizione dell'articolo 1912. Nondimeno, la liberazione accordata dal creditore ad uno dei fideiussori non profitta agli altri, se questi vi abbiano consentito; perocchè il loro consenso include necessariamente l'assunzione della parte di garantia che pesava sul liberato (art. 1283).

---

[1] Vedi sopra n. 19.

SEZIONE IV.

DELLA COMPENSAZIONE

SOMMARIO

124. Che cosa è la compensazione e di quante specie: legale, facoltativa e giudiziaria.
125. Delle condizioni che si richieggono per la compensazione legale: sono sei — Prima condizione: coesistenza di due debiti: differenze irrilevanti in ordine alla compensazione — Seconda condizione: i due debiti debbono avere il medesimo obbietto: eccezione risguardante grani e altre derrate, il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati — *Quid*, se uno dei debiti sia alternativo o facoltativo? — Terza condizione: i due debiti debbono essere liquidi: quando un debito sia liquido: è necessario che sia liquido attualmente; o basta che sia suscettivo di pronta liquidazione? — Quarta condizione: è necessario che i due debiti siano esigibili — Quinta condizione: i due debiti debbono esistere fra le stesse persone — Sesta ed ultima condizione: i rispettivi crediti e debiti debbono essere compensabili — Per regola tutti hanno questo requisito: eccezioni — La rinunzia anticipata della compensazione può impedire che si operi?
126. Della compensazione facoltativa — Quando possa aver luogo.
127. Della compensazione giudiziaria.
128. In qual modo si operino queste tre specie di compensazione — E quali effetti producono: estinguono i debiti, come il pagamento: conseguenze.
129. Della rinunzia alla compensazione, operata che siasi — Può aver luogo in modo espresso e tacito — Può esser fatta da una delle parti o da entrambe — Il pagamento del debito importa necessariamente rinunzia alla compensazione — *Quid*, se sia stato fatto o ricevuto per errore? — Della rinunzia alla compensazione che si desume dall'accettazione della cessione del debito che si sarebbe estinto per forza della compensazione — Condizione giuridica del debitore ceduto.

124. La compensazione è la estinzione totale o parziale di due debiti, che si servono reciprocamente di pagamento; quando due persone sono reciprocamente debitore e creditore.[1]

La compensazione si fonda sopra un principio di giustizia; perocchè sarebbe ingiusto che chi è creditore di un altro, perseguitasse questo che alla sua volta è creditore di lui; si fonda pure sopra un principio di utilità; perciocchè giova alla speditezza, alla moltiplicità ed alla sicurezza delle contrattazioni il ritenere estinti da se medesimi i due rispettivi crediti e debiti, anzichè

---

[1] Compensatio est debiti et crediti inter se contributio (Leg. 1, D. de compens. XVI, 2).

considerare obbligato l' un dei debitori e rispettivamente creditore di pagare ciò che deve e riconoscergli al tempo stesso il diritto di esigere ciò che gli è dovuto dal debitore, rispettivamente creditore soddisfatto.[1]

La compensazione può essere *legale, facoltativa e giudiziaria*.

La compensazione legale è quella che, date certe condizioni, ha luogo di diritto in virtù della legge e senza il concorso ed anche senza saputa dei debitori al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti che reciprocamente si estinguono (art. 1286).

La compensazione facoltativa è quella che ha luogo in forza di una eccezione proposta da quella delle parti interessate, a cui la legge non accorda la compensazione legale.

Da ultimo la compensazione giudiziaria è quella a cui può dar luogo una dimanda riconvenzionale, promossa da quella delle parti interessate il cui credito non riunisce ancora tutte le condizioni richieste per la compensazione legale.

125. Perchè abbia luogo la compensazione legale si richieggono sei condizioni. Perciocchè si richiede in primo luogo la coesistenza di due debiti.[2] Ma è indifferente che l'ammontare dei due debiti sia eguale od ineguale; ben inteso che nel secondo caso il credito minore resta compensato ed estinto per l'intero, il maggiore sino alla concorrenza dell' ammontare di quello (art. 1286).[3] Del pari non rileva che l'uno dei debiti sia fruttifero e garantito, e l' altro no. Infine non rileva che differenti siano i titoli,[4] le cause e le forme dei due debiti, e che debbano pagarsi in luoghi diversi; in quest' ultimo caso però, debbono computarsi o rimborsarsi le spese di trasporto a

---

[1] Vedi Leg. 3, D. de comp. XVI, 2; Leg. 76, de verb. sign. L, 16; Leg. 173, § 3, D. de reg. iuris, L, 17.

[2] Leg. 14, D. de comp.; Leg. 2 princ. C. de compens. IV, 31.

[3] Inst. § 30 princ. de act. IV, 6; Leg. 11, D. de comp.; Leg. 4 e 5, C. eod.

[4] Brescia, 5 febbraio 1868, B. XX, 2, 70; C. C. Napoli, 8 febbraio 1868; B. XX, 1, 152.

quella delle parti, alle quali possono essere dovute, secondo le circostanze (art. 1292). [1]

Si richiede in secondo luogo che i due debíti abbiano il medesimo oggetto, cioè siano tali che l'uno dei titolari possa soddisfare il suo debito colla cosa che forma l'obbietto del suo credito reciproco; perciocchè la compensazione facendo le veci del pagamento, è necessario che l'obbietto dell'un dei due debiti possa servire di pagamento all'altro; altrimenti l'un dei due creditori e debitori rispettivi sarebbe tenuto contro sua volontà a ricevere in pagamento una cosa diversa da quella che gli è dovuta. Quindi sono compensabili due debiti che abbiano per oggetto una somma di danaro o una determinata quantità di cose fungibili, cioè di cose dello stesso genere, specie e qualità, le quali possono nei pagamenti tener luogo le une delle altre (art. 1287). [2] Tuttavia le prestazioni controverse di grani o di derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili; considerandosi che in tal caso le une rappresentino convenientemente le altre (art. 1287 alinea). Se uno dei due debiti sia alternativo, ed abbia per oggetto una cosa fungibile ed una infungibile, la compensazione non può operarsi che dipendentemente dalla scelta della cosa fungibile. Se uno dei due debiti sia facoltativo, e l'oggetto del medesimo sia fungibile ma invece sia infungibile la cosa, la cui prestazione è in facoltà del debitore, la compensazione potrebbe effettuarsi, ma questi ha il mezzo d'impedirla, col dichiarare che intende di dare la cosa infungibile, giusta la facoltà che gliene compete. [3]

Si richiede in terzo luogo che i due debiti siano egualmente liquidi; acciò la soddisfazione del credito liquido non sia

---

[1] Vedi Leg. 15, D. de comp.; Leg. 2 princ. § 8; Leg. 3, D. de quod certo loco, XIII, 4; Leg. unica, C. ubi convent. qui certo loco, III, 18; Duranton, XII, 386; Aubry e Rau, IV, § 326, pag. 231; Marcadé, art. 1296; Mourlon, II, 1444.

[2] Gaius, IV, 66 princ.; Paulus, II, 5, § 3.

[3] Vedi Marcadé, art. 1291 e 1292.

ritardata per tutto il tempo necessario per la liquidazione dell'altro (art. 1287). Il debito è liquido, quando ne è già certa la esistenza e determinata la quantità. [1] Non può quindi opporsi in compensazione un credito la cui esistenza sia contestata; semprechè la contestazione sia reale e non apparente; sarebbe apparente, ove quegli che l'oppone in compensazione, possa prontamente provarne l'esistenza. [2] Medesimamente non può opporsi in compensazione un credito la cui quantità resta a determinarsi col mezzo di una stima o di un regolamento di conti. Nondimeno, se la quantità del credito possa determinarsi prontamente, quegli che vuole opporla in compensazione potrà chiedere al giudice che differisca la decisione sul merito, fino a che gli sia liquidato il suo credito; attalchè sotto questo riguardo la compensazione è subordinata alla pronta anzichè all'attuale liquidazione del credito. [3]

È necessario in quarto luogo che i due debiti siano esigibili; perciocchè la compensazione imitando il pagamento, il creditore che attualmente può esigere il suo credito, non può esser costretto ad aver come per ricevuto in soddisfazione di questa, l'importare del suo debito che egli attualmente non deve pagare (art. 1287). [4] Sono esigibili i debiti de' quali possa attualmente dimandarsi la soddisfazione in giudizio mediante azione. Quindi non può opporsi in compensazione un'obbligazione puramente naturale, o annullabile o rescindibile; o che abbia per oggetto una rendita irredimibile, [5] nè infine

---

[1] Cum certum est an et quantum debeatur (Inst. de act. § 39; Leg. 5-6, de compens.; Leg. 11, 12 e 15, D. de compens.); consulta C. C. Firenze, 7 marzo 1870, B. XXII, 1, 262.

[2] Vedi Marcadé, art. 1291 e 1292, III.

[3] Leg. 14, § 1, C. de compens.; Leg. 8, D. eod.; Merlin, Rép. v° Compensation, § 2, n. 1; Toullier, VII, 411 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 326, pag. 227; Marcadé, art. 1291 e 1292, IV; vedi C. C. Torino, 6 settembre 1867, B. XIX, 1, 635.

[4] Leg. 7 princ. D. de compens.

[5] Questa decisione riguarda limitatamente il capitale della rendita: quanto alle prestazioni arretrate non v'ha dubbio che possono essere opposte in compensazione.

un'obbligazione subordinata ad una condizione sospensiva o a termine: altrimenti quegli che è tenuto per tale obbligazione, nei primi casi pagherebbe ciò alla cui prestazione non può esser costretto; e nell'ultimo pagherebbe più del dovuto, pagando innanzi tempo. La esigibilità dei debiti non iscaduti che risulta dalla sentenza che dichiara il fallimento, non basta per renderli compensabili; perciò ogni creditore del fallito che ne sia al tempo stesso debitore, deve pagare il suo debito, tostochè diviene esigibile, all'effetto che l'ammontare si divida fra tutti i creditori (art. 553 e seg. Cod. com.). [1] Ma le dilazioni che il creditore gratuitamente e per grazia abbia conceduto al debitore, non sono di ostacolo alla compensazione; perocchè oltre ad essere iniquo che contro di lui si rivolgesse il benefizio fatto per sentimento d'umanità; tali dilazioni non sono intese che a dare al debitore il tempo di procacciarsi i mezzi per soddisfare il suo debito, ma dal momento che egli acquista un credito verso il suo creditore, ha pronti cotali mezzi; inoltre le dilazioni non possono intendersi concedute che per la soddisfazione precisa della obbligazione (art. 1288). [2] La stessa decisione è applicabile al caso in cui la dilazione sia stata conceduta dal giudice, giusta la disposizione dell'articolo 1165. [3] Ma contraria decisione deve essere seguíta, ove si tratti di dilazione concessa obbligatoriamente o in forza di patto, stipulato per esempio nell'atto costitutivo del credito, pel caso che alla scadenza fissata, questo non fosse pagato. [4] Se poi il debitore fosse decaduto dal benefizio del termine, giusta la disposizione dell'articolo 1176, può essergli opposta la compensazione nel giorno in cui dal giudice sia dichiarata tale decadenza; perocchè in tal giorno e non prima diviene esigibile il credito contro di lui. In quanto al debito soggetto a condizione risolutiva, essendo esso *hic et nunc* puro e semplice, può

---

[1] Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, IV, tom. e § cit. pag. 228 testo e nota 15; vedi pure Milano, 15 giugno 1867, B. XIX, 2, 331.

[2] Vedi Leg. 16, § 1, D. de compens.; Napoli, 10 maggio 1871, A. V, 2, 457.

[3] Marcadé, art. 1291 e 1292, IV; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 229.

[4] Consulta C. C. Firenze, 18 luglio 1867, B. XIX, 1, 503.

opporsi in compensazione; ma se la condizione venga a verificarsi, la compensazione si ha per non fatta; perchè quel debito si ha come non mai esistito; conseguentemente quella delle parti a cui fu apposta la compensazione, ricupera il diritto di domandare il pagamento del suo credito. [1]

In quinto luogo si richiede che i due debiti esistano fra le stesse persone; ossia che ciascuna delle parti interessate sia reciprocamente debitore personale e principale dell'altra (art. 1285). [2] Quindi non può aver luogo compensazione fra i debiti che un rappresentante abbia verso un terzo; e i crediti appartenenti al rappresentato; esempligrazia il tutore non può opporre in compensazione al suo debitore, ciò che questi deve al minore, e viceversa. [3] Medesimamente non può aver luogo compensazione fra un credito appartenente ad alcuno per cessione e un credito che il debitore ceduto abbia acquistato contro il cedente, dopo la notifica o l'accettazione di quella, perchè il secondo per effetto di queste, cessò di essere debitore verso il cedente, per divenirlo verso il cessionario; attalchè in verità acquistò un credito verso un terzo e non verso un suo creditore. Infine non può aver luogo compensazione fra un debito garantito da un fideiussore e il credito che questi abbia verso colui che possiede il debito garantito; nulla rileva che della pretesa compensazione volesse valersi il possessore del debito garantito contro il fideiussore, o il debitore principale contro di quello; attalchè resta fermo che il possessore del debito garantito debba pagare al fideiussore ciò che gli deve; e il debitore principale soddisfare il suo creditore (art. 1290). Ma al contrario il fideiussore può opporre al creditore garantito la compensazione di ciò che questi alla sua volta deve al debitore principale; in altri termini, convenuto pel pagamento

---

[1] Leg. 16, 18, § 1 e 23, D. de compens.; Leg. 1 e 9, C. eod.; Delvincourt, II, 575 e 576; Toullier, VII, 375 e seg.; Duranton, XII, 413 e seg.; Marcadé, art. 1289 e 1290; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Leg. 16 princ.; Leg. 18, § 1, D. de comp. XVI, 2; Leg. 9, C. eod.; Casale, 11 gennaio 1868, B. XX, 2, 8; Brescia, 5 febbraio 1868, B. XX, 2, 70.

[3] Consulta Leg. 23, D. de compens.; Leg. 9, C. eod.

del debito in mancanza del debitore, può eccepire al creditore che il debito si è estinto per effetto della compensazione che fra esso e il debitore si è operato per ministero di legge (art. 1290). In forza del medesimo principio, il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non fino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore, perchè a motivo del diritto di regresso, non v'ha tra il creditore che agisce contro il debitore in solido, e il condebitore coesistenza di credito e di debito che fino alla concorrenza di tal parte. [1] La stessa decisione deve applicarsi al caso in cui fra più coobbligati in solido, un solo sia vero debitore e gli altri siano fideiussori, giusta la disposizione dell'articolo 1201; perocchè in riguardo al creditore questi sono considerati come condebitori in solido (art. 1201). Ma senza dubbio ognuno può opporre in compensazione al suo creditore i crediti che aveva contro la persona, a cui questi è succeduto a titolo universale, e viceversa. Del pari posso opporre al cessionario di un credito che il cedente aveva contro di me, il credito che io abbia contro di lui. [2]

Da ultimo per la compensazione si richiede che i rispettivi crediti e debiti siano compensabili. Per regola, tutti i crediti che riuniscono le condizioni sopraddette, sono compensabili. Eccezionalmente però non può opporsi in compensazione: *a)* l'obbligazione di restituire una cosa di cui l'opponente abbia ingiustamente spogliato il suo debitore divenuto in conseguenza di ciò suo creditore; ciò esigendo la giustizia in riparazione dell'ingiusto spoglio (arg. art. 1268 1°); [3] *b)* l'obbligazione del depositario di restituire la cosa ricevuta; costituendo essa un dover sacro di fiducia, a cui non gli deve esser permesso per nessuna via di sottrarsi (art. 1289 2°); [4] *c)* l'obbligazione di

---

[1] Marcadé, art. 1294, V; *contro* Toullier, VII, 376, nota; Duranton, X, 423.

[2] Leg. 4 e 5 D. eod.; Marcadé, art. 1295.

[3] Leg. 14, § 2, C. de comp.; Leg. 31, § 1, D. de hered. pet. V, 3.

[4] Paulus, II, 12, § 12; Inst. § 30 in fine, de act. IV, 6; Leg. 14, § 1 in fine, C. de compens.; Leg. 11, C. depositi, IV, 34. — Siccome la compensazione non

prestare gli alimenti; dichiarati non soggetti a sequestro, perciocchè altrimenti verrebbe essa a mancare d' obbietto (articolo 1289 3°); [1] la stessa decisione deve essere applicata a tutti i crediti di oggetti non sequestrabili (arg. art. cit).

Nessun' altra condizione è richiesta per la compensazione; in specie non si richiede che ciascuna delle parti interessate abbia la capacità di fare e di ricevere il pagamento; operandosi la compensazione non per atto di loro volontà ma per ministero di legge. [2] Ma quand'anche si verifichi il concorso di tutte queste condizioni, la compensazione non ha luogo, quando l' una e l' altra delle parti abbia rinunziato anticipatamente alla compensazione; nulla impedendo che tale rinunzia si faccia validamente; perocchè la compensazione è d' interesse principalmente privato (art. 1287 4°).

126. La compensazione è facoltativa, quando per mancanza di alcune delle sopraddette condizioni non può aver luogo di diritto, ma deve essere opposta da una delle parti e pronunziata dal giudice.

La compensazione facoltativa non può essere opposta che da quella delle parti interessate contro cui l' altra non può opporre la compensazione legale; per esempio, se io abbia fatto appresso di te un deposito irregolare e sia tuo debitore di somma eguale alla depositata, tu non puoi oppormi la compensazione, e io perciò posso dimandarti la restituzione del deposito; ma dovrò in pari tempo pagarti il mio debito: posso invece, convenuto da te per il pagamento, opporti in compensazione il tuo debito di deposito. Del pari tra il creditore e il fideiussore, in tali loro qualità, non può aver luogo la compensazione

---

potrebbe aver luogo che nel caso di deposito irregolare; così la disposizione dell' articolo 1289 2°, sebbene concepita in termini generali, non può riferirsi che a tale ipotesi. La stessa disposizione esclude dalla compensazione anche l' obbligazione del commodatario di restituire la cosa ricevuta; ma così fatta esclusione è affatto superflua; perciocchè tale obbligazione è incompensabile; avendo per obbietto cosa infungibile (Marcadé, art. 1293; Mourlon, II, 1446 e 1449).

[1] Arg. Leg. 2, § 4, D. de adm. rer. ad civ. pert. L, 8.

[2] Aubry e Rau, tom. cit. § 326, pag. 231.

legale, non essendo sotto tale riguardo, l'uno debitore dell'altro, ma se il creditore principale agisca contro il fideiussore per il pagamento del debito garantito, questi può opporgli in compensazione il suo credito (art. 1290). Infine, se tu hai contro di me un credito puro e semplice ed io contro di te un credito a termine, la compensazione legale non può aver luogo; perchè uno dei crediti, il mio, non è esigibile; ma se potendo, rinunzio al benefizio del termine, potrò opporti la compensazione.[1]

127. La compensazione giudiziaria infine si opera col mezzo di una dimanda riconvenzionale, con cui il reo convenuto chiede che sia riconosciuto e liquidato un credito che pretende di avere contro l'attore, all'effetto di potergliela opporre in compensazione; per esempio, io convenuto da te pel pagamento di lire 500 che ti debbo per prestito, posso chiedere che siano liquidati i danni che mi hai ingiustamente cagionati e che devi risarcirmi; del pari alla domanda di fitti proposta dal locatore contro il conduttore, può questi opporre in via di riconvenzione la domanda che quegli adempia le obbligazioni che gl'impone pel contratto, e gli risarcisca i danni sofferti per l'inadempimento delle medesime.[2]

128. La compensazione legale, come si disse, ha luogo di diritto in virtù della legge, e produce i suoi effetti anche senza saputa dei debitori dal momento in cui vengono a coesistere le condizioni sotto le quali può compiersi (art. 1285).[3]

La compensazione facoltativa ha luogo nel momento in cui è opposta.[4]

---

[1] Vedi Marcadé, tom. IV, pag. 640, n. 85, De la compensation facultative.

[2] Consulta Brescia, 5 febbraio 1868, B. XX, 2, 70.

[3] È noto che in diritto romano la compensazione non si operava che per volontà delle parti, *ope exceptionis;* quantunque in più testi sia detto che *compensatio ipso iure fit;* perciocchè secondo l'opinione più comune, ciò vuol dire che la compensazione ha effetto retroattivo al giorno della coesistenza dei due debiti (Vedi Van Wetter, I, § 201, pag. 715 e i moltissimi che cita).

[4] Toullier, VII, 385, 396, 398; Aubry e Rau, tom. cit. § 328, pag. 236.

Da ultimo la compensazione giudiziaria ha luogo in virtù della sentenza che la dichiara; gli effetti però rimontano al giorno in cui è stata opposta.

La compensazione sia legale, sia facoltativa, sia giudiziaria, tiene luogo di pagamento, *est instar solutionis.* Essa perciò estingue nel momento in cui ha luogo, i due debiti con tutti i loro accessori, fideiussioni, pegni, privilegi e ipoteche (art. 1285). Conseguentemente quegli il quale ha pagato un debito, che di diritto era estinto in forza della compensazione, e richiede in seguito il pagamento del credito che avrebbe potuto opporre ma non ha opposto in compensazione, non può in pregiudizio dei terzi, valersi dei privilegi, delle ipoteche o cauzioni annesse al medesimo: questa decisione però non è applicabile nel caso che egli abbia ignorato per una giusta causa il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito (art. 1295). Del pari gl'interessi cessano di decorrere dal momento della compensazione; e la prescrizione non può correre nè compiersi contro l'una delle parti, dopo che si è operata la compensazione, benchè essa non abbia opposto la compensazione che trascorso il tempo in cui la prescrizione si sarebbe potuta compiere. [1] Medesimamente, siccome già è stato notato, il fideiussore può opporre al creditore la compensazione che abbia avuto luogo fra esso e il debitore principale (art. 1290). Infine quando più sono i debiti compensabili, la compensazione si fa, giusta le regole stabilite per l'imputazione dei pagamenti (art. 1293); quindi colui che ha più debiti, può dichiarare quale intenda che rimanga compensato; in mancanza di lui, può dichiararlo il creditore, e in mancanza ancora di questo, la legge dichiara quale dei debiti si debba avere per compensato, giusta le regole che ha fissato nell' articolo 1258.

La compensazione però non pregiudica i diritti acquistati dai terzi. Quindi colui che essendo debitore, divenne creditore dopo il sequestro fatto appresso di lui a favore di un terzo,

---

[1] Toullier, VII, 389.

non può invocare la compensazione, a pregiudizio di chi ottenne il sequestro (art. 1294).[1]

129. Ma sebbene la compensazione abbia luogo di diritto, ciascuna delle parti può rinunziare alla compensazione che siasi operata a favor suo; perchè essa è pur sempre d'interesse meramente privato.

La rinunzia alla compensazione, come la rinunzia in generale, può essere espressa e tacita, e nel dubbio deve essere esclusa; per esempio, non può ritenersi che abbia rinunziato alla compensazione il debitore che ha pagato un acconto, e perciò potrà opporla pel residuo del suo debito: la stessa decisione è applicabile al debitore che non abbia opposto la compensazione in primo grado; e potrà quindi opporla in appello; anzi se non l'abbia opposta neppure in appello e siasi lasciato condannare, potrà invocarla contro l'esecuzione della sentenza.[2] Infine il debitore che riceve la notifica della cessione del suo debito senza far riserve, non perde il diritto di opporre al cessionario la compensazione operatasi prima di tale notifica: non potendo derivarsi efficacemente dal suo solo silenzio la rinunzia alla compensazione.

La rinunzia alla compensazione può esser fatta da una delle parti; per esempio, pagando scientemente l'altra parte che ignorava che si fosse operata la compensazione; o da ambidue; come nel caso in cui scientemente l'una paga ciò che deve, e l'altra scientemente lo riceve.

Per determinare gli effetti del pagamento di uno dei debiti che la compensazione avrebbe estinto, è necessario di considerare le tre diverse ipotesi che possono darsi. Perciocchè in primo luogo, se il pagamento sia fatto e ricevuto scientemente; cioè avendosi cognizione da ambedue le parti interessate che la compensazione erasi operata; reputasi che l'una e l'altra abbia rinunziato alla medesima. Conseguentemente mentre il

---

[1] Consulta Toullier, VII, 381; Duranton, XII, 442 e seg.

[2] Leg. 2, C. de comp.; Merlin, Rép. v° Compensation, § 1, n. 5; Toullier, VII, 288; Duranton, XII, 459 e 460; Casale, 11 gennaio 1868, B. XX, 2, 8.

debito pagato è estinto, l'altro continua a sussistere, riguardo però alle sole parti; mentre rispetto ai terzi e agli stessi fideiussori si ha per definitivamente estinto anche questo secondo; talchè per conseguirne il soddisfacimento, il creditore non può valersi dei privilegi, delle ipoteche e delle cauzioni che vi erano annesse; perchè queste garantíe estinte per ministero di legge, non possono farsi rivivere dalle parti a danno di altri creditori privilegiati od ipotecari e dei fideiussori (articolo 1295). [1]

In secondo luogo, se il pagamento sia stato fatto per errore, cioè avendosi da quello che l'ha fatto, un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito (come se quello derivava da un testamento scoperto dopo fatto il pagamento); non solo conserva il suo credito verso il debitore, [2] ma può eziandio valersi dei privilegi, delle ipoteche o cauzioni annesse al medesimo (art. 1295); perocchè la compensazione è stabilita dalla legge principalmente nell'interesse delle parti; non può quindi essere ritorta a danno di quella che per errore non si è valsa della medesima, *beneficium legis non debet esse captiosum*. Del resto nulla rileva che il pagamento sia stato ricevuto dall'altra parte scientemente o per errore. Inoltre quegli che ha pagato per errore, ha l'azione per la ripetizione dell'indebito, giusta le regole di diritto comune. [3]

In terzo luogo, se il pagamento sia stato fatto scientemente e ricevuto per errore; quegli che ha pagato, conserva il suo diritto di credito verso l'altro, ma non può valersi dei

---

[1] Vedi Duranton, XII, 457; Marcadé, art. 1299; Mourlon, II, 1453; Aubry e Rau, tom. cit. § 329, pag. 238.

[2] V'ha chi pensa che il credito appartenente a colui che pagò il suo debito, sia estinto definitivamente, e che in questa ipotesi quegli non abbia che il credito nascente dal quasi-contratto dell'indebito, e che a questo credito la legge trasporti i privilegi, le ipoteche e le cauzioni che garantivano il credito estinto. Ma non è ben più semplice e soddisfacente il pensare che nella detta ipotesi si debba avere per non operata la compensazione, in forza della disposizione di legge scritta nel citato articolo 1295?

[3] Leg. 10, § 1, D. de compens.

privilegi, delle ipoteche e delle cauzioni, come si è detto nella prima ipotesi; quegli poi che l'ha ricevuto per errore, può dimandare che le cose siano ristabilite nello stato in cui erano prima del pagamento; ossia può invocare la compensazione operatasi, restituendo però quanto ha ricevuto in pagamento.[1]

Ove il debitore senza condizione o riserva abbia accettato la cessione che il creditore ha fatto delle sue ragioni ad un terzo, reputasi che abbia rinunziato alla compensazione che prima dell'accettazione erasi operata fra il credito ceduto e quello che egli aveva contro il cedente; perocchè coll'accettazione della cessione riconosce trasferito il suo debito nel cessionario, il quale perciò diviene suo creditore invece del cedente, senza divenirne debitore; attalchè neppur si hanno più due debitori l'uno verso l'altro; per conseguenza il debitore ceduto non può valersi contro il cessionario della compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell'accettazione (art. 1291). Anzi egli non può sottrarsi all'obbligo assunto coll'accettazione, verso il cessionario, di pagargli il debito ceduto; adducendo che egli nel mentre accettava la cessione, ignorava che si fosse operata a suo favore la compensazione; perocchè la eccezione scritta nella disposizione finale dell'articolo 1295 non può estendersi a danno del cessionario, per mancanza d'identità di ragione.[2] Il cessionario però non ha azione che contro il debitore che ha accettato la cessione: neppure egli può valersi dei privilegi, delle ipoteche e delle cauzioni annesse al credito ceduto (art. e arg. art. 1291).[3]

Ma il debitore che ha accettato la cessione, ricupera il suo diritto di credito contro il cedente; senza che però possa del pari valersi dei privilegi, delle ipoteche e delle cauzioni che gliene garantivano la soddisfazione; salvochè possa invocare la eccezione del citato articolo 1295, che deve essere ammessa

---

[1] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 239-240.

[2] Delvincourt, art. 1295; Duranton, XII, 436; Marcadé, art. 1295; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 240.

[3] Duranton, XII, 435; Marcadé, art. 1295; Aubry e Rau, loc. cit.

a suo favore anche nel caso di accettazione di cessione; concorrendovi i motivi per cui è stata stabilita.[1]

SEZIONE V.

DELLA CONFUSIONE

SOMMARIO

130. Che cosa sia la confusione — Per quali cause possa aver luogo — Quale ne sia il principio fondamentale — Conseguenze ed applicazioni di questo principio.
131. Effetti della confusione — *Quid iuris,* se la causa della confusione sia annullata o venga a cessare.

130. La confusione considerata come modo di estinzione delle obbligazioni è la riunione nella stessa persona della qualità di creditore e debitore di una sola e stessa obbligazione (art. 1296).[2]

La confusione ha luogo ordinariamente per effetto della successione ereditaria; ma può aver luogo anche per alcune specie di successione a titolo particolare; e particolarmente per la vendita della eredità.[3]

La successione ereditaria produce la confusione in tre diversi casi; cioè: *a)* quando il creditore succede al debitore a titolo universale; *b)* quando il debitore succede con lo stesso titolo al creditore; *c)* quando un terzo succeda, parimente a titolo universale, tanto al creditore, quanto al debitore. La confusione si opera, anco nel caso in cui intervenga una transazione, per esempio, sulla validità del testamento, e col mezzo di essa, le due qualità di creditore e di debitore si riuniscono in una stessa persona.[4]

---

[1] Duranton, XII, 434; Marcadé, art. 1299, II.

[2] Confusio est, quum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit (Leg. 107 in fine, D. de solut. et lib. XLVI, 3; vedi pure Leg. 75 eod.; Leg. 71 princ. de fideiuss. XLVI, 1; Leg. 5, C. de act. hered. IV, 16).

[3] Vedi Larombière, III, art. 1300, n. 2.

[4] Casale, 20 marzo 1867, B. XIX, 2, 153.

Il principio fondamentale sul quale riposa la confusione è che essa piuttosto che estinguere la obbligazione, esime dal soddisfarla, la persona in cui le due qualità si riuniscono; attesa l'impossibilità della coesistenza delle medesime in una stessa persona; essendo assurdo che una persona sia al tempo stesso creditrice e debitrice di se medesima. [1]

Per necessaria conseguenza l'obbligazione continua a sussistere, se e per quanto l'impossibilità di tale coesistenza non si verifica. Adunque se l'erede accetti l'eredità col benefizio d'inventario, non può aver luogo la confusione; perciocchè l'inventario mira appunto a tener distinta la persona propria dell'erede da quella del defunto (art. 968). [2] E ove più siano gli eredi, la confusione non ha luogo rispetto a ciascuno di essi che sino alla concorrenza della rispettiva quota ereditaria.

Medesimamente dato un debito in solido, la confusione prodotta dalla riunione nella stessa persona, delle qualità di creditore e di debitore in solido, non profitta ai suoi condebitori, se non per la porzione di cui quella persona era debitrice (art. 1297 alinea ult.): quelli adunque continuerebbero ad essere obbligati, fatta però deduzione di quella porzione. Ma se invece un condebitore in solido succeda al suo condebitore o un terzo ai condebitori, non si fa luogo ad estinzione alcuna di obbligazione; perchè si riuniscono nella stessa persona qualità non solo non inconciliabili, ma identiche; ossia il condebitore che è succeduto all'altro, continua ad essere obbligato per sè e incomincia ad essere obbligato per il suo autore, e il terzo per i due suoi autori. Del pari, dato un credito in solido, se la confusione avesse luogo per la riunione della qualità di creditore in solido e della qualità di debitore, il credito e il debito non si estinguono che per la parte appartenente a quel creditore, e continuano rispettivamente a sussistere a favore degli altri creditori in solido e contro il debitore, quale è divenuta la persona in cui si sono riunite le due qualità.

---

[1] Confusio potius eximit personam ab obligatione, quam extinguit obligationem (Leg. 71, D. de fideiuss.).

[2] Leg. 22, § 9 in fine, C. de iure deliberandi, VI, 30.

Ma se invece un creditore in solido succeda al suo concreditore, non si opera confusione, mentre anzichè riunione delle due qualità di creditore e debitore nella stessa persona, si verifica in essa il cumulo del diritto del suo autore. [1]

Infine non si opera confusione, riunendosi nella stessa persona le qualità di fideiussore e di creditore. Ma senza dubbio la confusione che avesse luogo fra il debitore principale e il creditore, profitterebbe eziandio al fideiussore; perciocchè questi potrebbe sempre opporre a colui che come creditore lo convenisse, la qualità di debitore principale e tenuto perciò verso di lui per l'azione di regresso. [2]

131. Se la confusione ha luogo in modo definitivo, estingue di pien diritto il credito con tutti i suoi accessori, sia per l'intero, sia sino alla concorrenza di quella parte, per cui essa si è operata.

Ma se la confusione venga annullata coll'annullamento della causa che l'ha prodotta, sia che venga dichiarato o nullo il testamento, o indegno il successore, sia che l'erede faccia annullare la sua accettazione di eredità; gli effetti della medesima svaniscono e il credito estinto rivive con tutti i suoi accessori, tanto nei rapporti fra le parti, quanto in riguardo ai terzi. [3]

Medesimamente cessata la confusione colla cessazione della sua causa, per esempio, colla vendita che l'erede faccia ad un terzo, della sua eredità; gli effetti della medesima svaniscono, e il credito estinto rivive, ma nei rapporti fra le parti soltanto, e non in riguardo ai terzi. [4]

---

[1] Duranton, XII, 469; Toullier, VII, 422; Marcadé, art. 1301, II; Aubry e Rau, IV, § 330, pag. 242.

[2] Vedi Leg. 21, § 3; Leg. 71 princ. D. de solut. et liber.

[3] Marcadé, art. 1301, IV; Mourlon, II, 1466; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Marcadé e Mourlon, loc. cit.

SEZIONE VI.

DELLA PERDITA DELLA COSA DOVUTA

SOMMARIO

132. Che s'intenda per perdita della cosa dovuta; come modo di estinzione delle obbligazioni — Impossibilità della prestazione; la quale può essere legale e fisica.
133. Degli effetti della perdita della cosa dovuta: estingue l'obbligazione — Può mai una nuova obbligazione a carico del debitore succedere a quella estintasi? — Esame delle quattro diverse ipotesi che dar si possono — *Quid iuris*, se la cosa non possa restituirsi da colui che l'ha rubata? — *Quid iuris* degli accessori e dei residui della cosa dovuta; e delle azioni che riguardo alla medesima appartenevano al debitore?

132 Per perdita della cosa dovuta, come modo di estinzione delle obbligazioni, s'intende qualunque evento che renda impossibile l'esecuzione dell'obbligazione, ossia la prestazione della cosa dovuta.[1]

L'impossibilità della prestazione può essere legale e fisica secondo che procede da causa legale o da causa fisica. Procede da causa legale, quando la cosa che doveva prestarsi sia posta fuori di commercio; tal è per esempio, il caso in cui alcuno siasi obbligato ad un fatto permesso dalla legge vigente al tempo in cui tale obbligazione fu assunta, e proibito dalla nuova; tal è pure il caso in cui la cosa che si sarebbe dovuta consegnare, venga colpita dal decreto di espropriazione per causa di pubblica utilità (art. 1298). Procede poi da causa fisica, quando la cosa dovuta, perisca o si smarrisca in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza; come se mi fosse stato rubato l'orologio, senza che si sappia presso chi si trovi (art. cit.).

133. La perdita della cosa dovuta estingue l'obbligazione di cui quella formava l'oggetto; perciocchè niuno è tenuto a

---

[1] Questa sarebbe stata la formola esatta del titolo di questa sezione (Vedi Marcadé, art. 1302; Mourlon, II, 1467; Aubry e Rau, IV, § 331, pag. 243; Doveri, II, 413, nota 2).

cosa impossibile.[1] È affatto indifferente che l'obbligazione fosse di dare o di fare; perocchè anche la prestazione di un fatto può divenire impossibile. È però necessario che si tratti o di obbligazione che abbia per oggetto una cosa certa e determinata nella sua individualità, o di obbligazione alternativa di cose parimente certe e determinate, o di obbligazione il cui oggetto faccia parte o di una massa o di un numero determinato di oggetti; perciocchè in ogni altra ipotesi, cotale impossibilità non può verificarsi.

Ma alla obbligazione estinta per impossibilità di prestarne l'obbietto, può succederne un'altra. Per esporre convenientemente le regole che governano questo fatto giuridico, è necessario di distinguere quattro diverse ipotesi:

1° Se la cosa dovuta sia perita per caso fortuito o di forza maggiore prima che il debitore fosse in mora; il debitore è liberato puramente e semplicemente e in modo assoluto; ma la prova del caso fortuito che allega come causa della perdita della cosa dovuta è a suo carico (art. 1298);

2° Se la cosa dovuta sia perita o per caso fortuito o di forza maggiore durante la mora del debitore; il debitore dovrà il risarcimento dei danni; ammenochè provi che la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata; perchè nel primo caso la mora del debitore ha dato occasione alla perdita della cosa e perciò ha arrecato danno al creditore; nel secondo non può dirsi che abbia arrecato danno, perchè anche senza di essa la cosa sarebbe perita (articolo 1298 alinea 1°);

3° Se la cosa dovuta sia perita per colpa del debitore, prima o durante la sua mora; egli è tenuto a pagare al creditore il risarcimento de' danni (arg. art. 1298 alinea 1°): la prova della colpa è a carico del creditore, giusta le regole del diritto comune;

---

[1] Obligatio quamvis initio recte constituta, extinguitur, si inciderit in eum casum a quo incipere non poterat (Leg. 140, § 2, D. de verb. obl.).

4° Se il debitore abbia assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti; egli deve il valore della cosa perita per caso fortuito, sia o no in colpa o in mora; salva nel secondo caso la maggiore risponsabilità della sua colpa (arg. *a contr.* articolo 1298 alinea 1°).

Ma in qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta a restituirne il valore (art. 1298 alinea ult.).

Perita la cosa dovuta per caso fortuito o di forza maggiore che il debitore non abbia assunto a suo carico, questi è liberato, come si diceva, in modo assoluto e pieno. Ma non può della medesima ritener nulla; e quindi se v'hanno, deve consegnare ai creditori gli accessori ed i residui della medesima.

Se poi la cosa dovuta sia perita, posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, i diritti e le azioni che gli spettavano riguardo alla medesima, passano al suo creditore, il quale perciò potrà agire contro chi di ragione, sia per il risarcimento dei danni contro chi fe'perire la cosa che formava materia dell'obbligazione; sia pel conseguimento del valore della cosa dalla autorità espropriante (art. 1299).

SEZIONE VII.

DELLE AZIONI DI NULLITÀ O DI RESCISSIONE

SOMMARIO

134. Prenozioni sugli atti nulli e annullabili; rinvio — Dall'atto nullo non può nascere obbligazione: dagli atti annullabili nascono obbligazioni soggette però anch'esse ad annullamento — In che l'atto nullo differisca dall'atto rescindibile — Che cosa siano l'azione di nullità e l'azione di rescissione — Loro differenze.

135. In quali casi possa una obbligazione impugnarsi coll'azione di nullità — Principio generale — Di quali obbligazioni annullabili qui si tratta: di quelle derivanti dall'incapacità dell'obbligato; dalla inosservanza della formalità prescritte nell'interesse dei minori, interdetti, inabilitati, e delle donne maritate; e dai vizi del consenso — Si discorre di tutte e tre le ipotesi — Del carattere di tale nullità: è relativa: conseguenze — Tale azione è trasmissibile agli eredi? può esercitarsi dai creditori della persona a cui appartiene.

136. Quando e sotto quali condizioni una obbligazione può essere rescissa: lesione enorme a danno dell'obbligato.

137. Degli effetti dell'azione di nullità e di rescissione, ristabilimento delle cose *in pristinum* — Conseguenze.

134. In più luoghi ci è occorso già di notare la differenza fondamentale fra un atto nullo ed un atto annullabile. L'atto nullo non ha esistenza per mancanza di uno degli elementi sostanziali; l'atto annullabile ha esistenza, la quale però può essere annullata per determinate cause. [1] Quindi riferendo il discorso alla materia delle obbligazioni, dall'atto nullo non può derivare veruna obbligazione, dall'atto annullabile nascono obbligazioni, soggette però anch'esse ad annullamento. Dall'atto annullabile deve essere distinto l'atto rescindibile che è in sè, valido ma lesivo.

Non possono essere in questo luogo, subbietto del nostro discorso, se non gli atti e le obbligazioni annullabili e rescindibili; perciocchè può annullarsi o rescindersi un atto esistente; non un atto inesistente.

L'azione di nullità è il mezzo giuridico con cui si dimanda che sia annullata un'obbligazione che non ha tutte le condizioni richieste dalla legge per la validità della medesima.

L'azione di rescissione è il mezzo giuridico con cui si dimanda che sia sciolta un'obbligazione in sè valida ma lesiva.

Queste azioni differiscono l'una dall'altra per il loro fondamento, che è la mancanza di condizioni necessarie alla validità dell'obbligazione per l'azione di nullità; e la lesione per l'azione di rescissione. Differiscono pure per il loro valore e portata;

---

[1] Vedi Appendice in fine del volume.

perchè il corso dell'azione di rescissione può essere impedito ed arrestato colla prestazione di quanto sia sufficiente a riparare al danno della lesione; la qual cosa non ha luogo nell'azione di nullità.

135. Un'obbligazione può impugnarsi coll'azione di nullità, quando sia affetta da qualsiasi nullità letterale o virtuale.

Ma in questa sezione, seguendo le disposizioni di legge che vi sono scritte, non tratterò che delle nullità derivanti dall'incapacità dell'obbligato, dall'inosservanza delle formalità prescritte nell'interesse dei minori, degl'interdetti, degl'inabilitati e delle donne maritate, e dai vizi del consenso. Delle altre cause di nullità e delle relative azioni si è discorso nei propri luoghi.

Per l'incapacità dell'obbligato possono impugnarsi coll'azione di nullità le obbligazioni consentite da un minore non emancipato; ammenochè con raggiri o mezzi dolosi, per esempio, esibendo un atto di nascita falso, abbia occultato di essere tale; perciocchè questa sua malizia lo rende indegno della protezione che la legge mediante privilegi personali assicura a lui, come ad ogni altro minore per ragione della loro inesperienza. Ma a costituire in dolo il minore, non basta la dichiarazione da lui fatta di essere maggiore (art. 1305).

Possono parimente impugnarsi, per la stessa causa e con la medesima azione, le obbligazioni consentite da un interdetto giudiziario senza l'intervento del suo legittimo rappresentante (art. 1303 alinea 1°); da un minore emancipato senza l'assistenza del curatore nei casi in cui è richiesta (art. 1302 2°); salva la sopradetta eccezione (art. 1305); dalla donna maritata senza l'autorizzazione del marito, ove sia necessaria, e dall'inabilitato, senza l'assistenza del curatore nei casi in cui è richiesta.

Ma come più volte si è detto, la nullità proveniente dalla incapacità dell'obbligato è relativa, e perciò l'obbligazione non può essere impugnata dalla persona capace che con esso contrattò.[1]

---

[1] Vedi sopra n. 51.

In verun caso la incapacità di una persona di obbligarsi, è causa di nullità delle obbligazioni che non nascono dalle convenzioni, ma dalla legge, come quelle di prestare gli alimenti ai congiunti, o dal delitto o dal quasi-delitto che quella abbia commesso (art. 1306). [1]

Per l'inosservanza delle formalità prescritte dalla legge possono impugnarsi coll'azione di nullità le obbligazioni nascenti dagli atti, dei quali sia parte un minore non emancipato, un interdetto giudiziario, un minore emancipato, e per la validità dei quali è richiesta o l'autorizzazione del consiglio di famiglia soltanto, o questa e l'omologazione del tribunale (art. 1303 3°). È indifferente che questi atti siano stati fatti dal minore non emancipato o dall'interdetto coll'intervento del tutore, o da questo; e dal minore emancipato con l'assistenza del curatore, o da questo. Anche la nullità proveniente dall'inosservanza di queste formalità, che sono abilitative e non sostanziali, è relativa e perciò non può proporsi dalla persona capace che contrattò coi minori e coi loro tutori e curatori.

Queste stesse regole sono applicabili agli atti fatti dalla donna maritata, senza l'intervento del marito o l'autorizzazione del tribunale.

Al contrario le obbligazioni derivanti da atti compiuti nel modo voluto dalla legge nell'interesse di un minore, di un interdetto o di un inabilitato sono perfettamente valide, come se fossero assunte da un maggiore di età pienamente capace (art. 1304).

Da ultimo per i vizi del consenso possono impugnarsi con l'azione di nullità le obbligazioni derivanti dai contratti consentiti per dolo, per errore o per violenza (art. 1300). [2] Ma anche in questo caso la nullità è relativa e non può esser quindi dimandata dall'altro contraente il cui consenso fu valido.

L'azione di nullità si trasmette agli eredi della persona alla quale la legge la concede (art. 1301). Può inoltre speri-

---

[1] Vedi sopra n. 86.

[2] Vedi sopra n. 53 e seguenti.

mentarsi dai creditori della medesima in forza della disposizione dell'articolo 1235. [1]

136. Può coll'azione di rescissione impugnarsi una obbligazione quando l'obbligato per effetto di essa, soffra in determinati casi e sotto date condizioni, una lesione enorme. La lesione è enorme nella divisione, quando uno dei coeredi condividenti sia stato leso oltre un quarto (art. 1038); nella vendita degl'immobili, quando il venditore sia stato leso oltre la metà del giusto prezzo (art. 1529) e per altrettanto nella permuta nel caso contemplato dall'articolo 1554 alinea; la legge civile non ammette la rescissione in altri casi. [2]

Per quanto concerne questa azione di rescissione, i minori sono assimilati ai maggiori; ossia l'azione di rescissione per causa di lesione non si può proporre dai minori, come dai maggiori, se non nei casi e sotto le condizioni specialmente espresse dalla legge (art. 1308). [3]

Anco l'azione di rescissione passa agli eredi (art. 1301).

137. La nullità e la rescissione dell'obbligazione, pronunziate che siano dal giudice, hanno l'effetto di rimettere le cose *in pristinum*, nello stato cioè in cui erano prima della formazione dell'atto nullo e rescindibile. [4] Ciò peraltro ha luogo nei due casi con notevole differenza rispetto ai terzi; perciocchè la rescissione non produce effetto a danno dei terzi, i quali hanno acquistato diritti sugl'immobili anteriormente alla domanda di rescissione (art. 1308 alinea); mentre al contrario la nullità produce effetto anche riguardo ai terzi.

---

[1] Vedi sopra n. 98 e seguenti.

[2] Vedi Firenze, 20 luglio 1871, A. V, 2, 518.

[3] La disposizione di questo articolo ha lo scopo di manifestare che nel nostro diritto non è riconosciuto il privilegio dei minori di poter proporre l'azione di rescissione per causa di qualunque lesione, come, *ratione personae*, era loro concesso dal Codice napoleonico e dai Codici che già ressero i vari Stati in cui l'Italia fu divisa.

[4] Vedi Merlin, Rép. v° Rescission, n. 4; Toullier, VII, 543; Duranton, XII, 564; Aubry e Rau, IV, § 336, pag. 259.

Dacchè annullato o rescisso l'atto, le cose sono rimesse *in pristinum*, l'una delle parti deve restituire all'altra ciò che ne ha ricevuto in forza dell'atto medesimo. Tuttavia se l'obbligazione venga annullata per ragione della incapacità della persona che la contrasse; per l'inosservanza delle formalità prescritte nell'interesse dei minori, degl'interdetti, degl'inabilitati e della donna maritata, essi non sono obbligati di restituire ciò che è stato loro pagato che sino alla concorrenza di quanto venne rivolto a loro vantaggio (art. 1307). [1] Spetta a colui contro il quale quest'azione è intentata, di provare che quanto ha pagato, è stato rivolto a vantaggio dei medesimi (art. 1307 in fine).

138. L'azione di nullità si estingue con la conferma e la prescrizione; quella di rescissione colla sola prescrizione (articolo 1309 alinea ult.).

La conferma è l'atto giuridico con cui una persona sana un'obbligazione dai suoi vizi, pe'quali ne potrebbe dimandare l'annullamento. Essa contiene virtualmente rinunzia al diritto di domandare la nullità dell'obbligazione, ma sotto ogni altro riguardo differisce dalla rinunzia di un diritto. Differisce ancora dalla novazione: perocchè la conferma non genera nulla di nuovo: *confirmatio nil dat novi;* mentre la novazione crea un'obbligazione nuova che viene sostituita ad un'altra. Più ancora interesssa di distinguere la conferma dalla ratifica che una persona fa di un'obbligazione contratta per essa da un'altra, senza averne avuto mandato; perciocchè il ratificante fa propria sin dalla origine la obbligazione da altri contratta per lui. [2]

La conferma può essere *espressa* e *tacita*.

La conferma espressa può esser fatta per atto autentico e per scrittura privata; ma se la nullità dell'atto risulti dall'inosservanza delle forme prescritte per garantire la libertà e

---

[1] Leg. 34 princ. D. de min.; Leg. 4, D. de except. et praescr.; Leg. 47 princ. de sol.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 260.

[2] Consulta C. C. Torino, 9 maggio 1866, B. XVIII, 1, 316. — La parola ratifica che si legge negli articoli 1309 e 1311 vi è adoperata per sinonimo di conferma; come negli articoli 1330 e 1340 del Codice napoleonico.

l'indipendenza delle parti, non può essere sanata con un atto di conferma, se non sia fatto con quelle formalità.

La conferma tacita risulta in generale da ogni ordine di fatti;[1] ma in specie dalla esecuzione volontaria dell'obbligazione annullabile (art. 1309 alinea). Avvi esecuzione dell'obbligazione, quando una delle parti paga ciò che deve e l'altra riceve ciò che le è dovuto; ma non può assimilarsi alla esecuzione dell'obbligazione il compimento di atti che manifestano soltanto l'intenzione di volerla eseguire, come la dimanda di una dilazione, l'offerta del pagamento non accettata e simili.[2] È poi volontaria l'esecuzione, quando da una parte la volontà della persona che la fa, è esente dai vizi che rendono invalido il consenso, e dall'altra l'obbligazione non è eseguita dal debitore per sottrarsi agli atti giudiziari contro lui diretti dal creditore.[3]

L'obbligazione annullabile deve essere eseguita in tutto o nella *maggior* parte, per essere sanata (art. 1309 alinea 1°).

L'atto di conferma espressa o tacita non è valido, se non è fatto, *a)* con conoscenza del vizio che rendeva nulla l'obbligazione; *b)* coll'intenzione di sanarnela.[4] Ma non si richiede il consenso della persona, a profitto della quale è stata fatta; reputandosi che vi abbia aderito preventivamente sin dal giorno in cui l'obbligazione si formò.

La conferma è soggetta, per quanto concerne la prova, alle regole generali; tuttavia quando è espressa, si richiede che l'atto, per far prova della medesima contenga la sostanza della obbligazione; il motivo che la rende viziosa; e la dichiarazione che s'intende di correggere il vizio su cui tale azione è fondata (art. 1309).[5]

---

[1] Marcadé, art. 1338, III; Precerutti, II, 800 in fine.
[2] Marcadé, art. 1338, III, nota; Aubry e Rau, IV, § 337, pag. 261 e seg.
[3] Toullier, VIII, 512; Aubry e Rau, loc. cit.
[4] Marcadé, art. cit.; Mourlon, II, 1593; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit.
[5] Consulta Marcadé, art. 1338; Mourlon, II, 1595.

La conferma non convalida che quelle obbligazioni le quali hanno esistenza, giusta il diritto positivo, e che sono solamente annullabili; quindi per esempio, gli appaltatori per la privativa della neve, concessa in seguito a deliberazione del consiglio municipale, non possono opporre la nullità del contratto per mancanza d'approvazione della competente autorità, dopo averlo nella maggior parte eseguito. [1] Però se la causa della nullità sia più o meno duratura, le obbligazioni che ne sono affette, non possono confermarsi efficacemente se non dopo che quella sia cessata; altrimenti la conferma avrebbe lo stesso vizio di nullità; per esempio una convenzione stipulata fra il tutore e il minore contro la disposizione dell'articolo 300 non può confermarsi validamente, se non dopo che il minore sia divenuto maggiore; del pari le obbligazioni assunte per dolo, errore o violenza non possono confermarsi se non dopo che i due primi siano scoperti e la terza sia cessata (art. 1309).

Al contrario non possono convalidarsi colla conferma le obbligazioni meramente naturali. [2] Medesimamente non possono convalidarsi colla conferma gli atti rescindibili per causa di lesione; temendosi che la parte lesa come nella contrattazione, così nella conferma possa esser vittima dell'avarizia dell'altra parte (art. 1309 alinea ult.). Infine, con tanto maggior ragione non possono convalidarsi colla conferma gli atti che debbono aversi per inesistenti per qualsiasi causa, e in specie per mancanza, falsità o illecitudine della causa, o per difetto di formalità sostanziali, come la donazione o il contratto di matrimonio fatti per scrittura privata, o il testamento nel quale non siano state osservate le formalità prescritte dalla legge o gli atti indicati dall'articolo 1314, e stipulati verbalmente (articolo 1310). [3] Tuttavia la conferma espressa o tacita di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa dal donante o testatore, dopo la morte di lui,

---

[1] Aquila, 10 febbraio 1869, G. XXI, 2, 73.
[2] Vedi sopra n. 4.
[3] Vedi Appendice in fine del volume.

include la loro rinunzia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione (art. 1311).[1] Questa eccezione, come ogni altra, dev'essere tenuta negli stretti limiti segnati dalla legge; quindi non sarà mai valida la conferma fatta dal donante o dal testatore; nè potrà aver alcun effetto la conferma fatta dagli eredi presuntivi del donante o del testatore, vivi questi.

La conferma produce la rinunzia, per parte del debitore, del diritto d'impugnare coll'azione di nullità la obbligazione che ha confermato, è di render questa perfettamente valida; semprechè però l'abbia fatta colla conoscenza di tutti i vizi che rendevano l'obbligazione nulla, e abbia avuto l'intenzione di sanarla da tutti, perocchè altrimenti il debitore conserverà l'azione di nullità per i vizi che non ha conosciuto e perciò neppure voluto sanare.[2]

La conferma ha effetto retroattivo al giorno in cui l'obbligazione si formò, salvi però i diritti dei terzi, acquistati e legittimamente conservati; quindi per esempio, se io essendo minore, ti ho venduto un fondo, e fatto maggiore ho venduto questo stesso fondo ad un terzo e dopo questa seconda vendita, ho confermata la prima, la conferma non ha effetto contro il secondo acquirente (art. 1309 alinea 2º).

139. L'azione di nullità si estingue in secondo luogo colla prescrizione (art. 1300). Collo stesso mezzo si estingue anche l'azione di rescissione.

Questa prescrizione è di cinque anni, salvo che una legge particolare non l'abbia ristretta a minor tempo (art. cit.); come nel caso dell'azione di rescissione della vendita per causa di lesione, che non è più ammessa, spirati due anni dal giorno della stipulazione del contratto (art. 1531).

Come l'azione di nullità non compete che contro gli atti annullabili e non nulli in modo assoluto; così questa prescrizione quinquennale non riguarda che i primi. Al contrario la nullità de'secondi può essere dimandata in ogni tempo, e in

---

[1] Vedi Appendice in fine del volume.

[2] Leg. 1, C. si mai. fact.; Toullier, VII, 496; Duranton, XIII, 273; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 269.

ogni tempo la loro nullità può essere opposta a chi dell'atto volesse valersi, come per esempio, se si trattasse di una convenzione qualunque sopra una successione di un vivente;[1] o di un vitalizio nullo in modo assoluto almeno come tale, per mancanza del requisito essenziale, costituito dalla eccedenza della rendita sul frutto della cosa data in prezzo.[2]

Inoltre alla prescrizione quinquennale non sono soggette che le azioni di nullità e di rescissione, e non le altre, per quanto analoghe: così per esempio, non vi sono soggette le azioni di scioglimento dei contratti, di revisione dei conti, di ripetizione d'indebito, di riduzione delle disposizioni a titolo gratuito, nè quelle di simulazione.[3]

Ma dall'altro canto a questa prescrizione di cinque anni sono soggetti tutti gli atti annullabili, siano tali virtualmente o testualmente, in modo assoluto o in modo relativo, per motivi d'ordine privato o d'ordine pubblico, per disposizione del Codice civile o di qualsiasi legge particolare, e costituiscano contratti o no; quindi si prescrive con cinque anni l'azione di nullità contro una transazione per causa di dolo o di errore.[4] Del pari l'azione di nullità contro un pagamento, contro una quietanza contro l'accettazione e la rinunzia di una eredità, resta prescritta con cinque anni.[5] È necessario però che concorrano queste due condizioni, cioè:

1° Che l'azione di nullità sia relativa almeno in generale al patrimonio; adunque alla prescrizione quinquennale non è soggetta l'azione di nullità contro convenzioni o atti risguardanti lo stato civile, come la legittimazione, l'adozione, il riconoscimento di un figlio naturale;[6]

---

[1] Vazeille, De la prescr. II, 547; Troplong, De la vente, I, 249; Marcadé, art. 1404, III; Aubry e Rau, tom. cit. § 339, pag. 271.

[2] Torino, 15 dicembre 1866, B. XVIII, 2, 668.

[3] Vedi Duranton, XII, 552-559; Merlin, Rép. v° Compte; Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 275 e seg.

[4] C. C. Torino, 21 luglio 1871, A. V, 1, 75.

[5] Vedi Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 275 e seg.

[6] Quanto all'azione di nullità di un matrimonio, vedi sopra II, 136.

2° Che l'azione di nullità sia esercitata dalle parti autrici degli atti, che si vogliono annullare; adunque alla prescrizione quinquennale non è soggetta l'azione di nullità competente a terze persone in proprio nome; per esempio, l'azione pauliana appartenente ai creditori contro gli atti fatti dai loro debitori in frode delle loro ragioni.

Ma l'eccezione di nullità o di rescissione, la quale può essere opposta da chi è convenuto per l'esecuzione del contratto in tutti i casi, nei quali avrebbe potuto egli stesso agire per nullità o rescissione, non è soggetta alla prescrizione quinquennale, giusta la regola *quae temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (art. 1302). [1]

La prescrizione incomincia a correre per regola, dal giorno in cui l'atto annullabile fu fatto.

Ma questa regola è soggetta ad eccezione nei tre seguenti casi; cioè:

1° Quando la nullità dell'atto non possa per divieto della legge essere immediatamente sanata colla conferma; perciocchè allora la prescrizione non incomincia a decorrere che dal giorno in cui potrebbe farsi la conferma; così la prescrizione dell'azione di nullità dell'alienazione del fondo dotale non incomincia a decorrere che dallo scioglimento del matrimonio (arg. art. 1385); [2]

2° Quando la nulllità abbia per causa l'incapacità della persona che si è obbligata: in questo caso la prescrizione quinquennale non incomincia a decorrere che dal giorno in cui la incapacità è cessata; quindi, riguardo agli atti degl'interdetti o degl'inabilitati, dal giorno della loro maggiore età; riguardo agli atti delle donne maritate, dal giorno dello scioglimento del matrimonio (art. 1300 alinea), [3] e riguardo agli atti di un demente non interdetto, dal giorno in cui ha rinsavito (arg. art. cit.). Chè se la persona incapace sia morta nello stato

---

[1] Leg. 5, C. de except. VIII, 36; C. C. Napoli, 21 aprile 1868, B. XX, 1, 400; C. C. Firenze, 25 maggio 1868, G. XX, 1, 524.

[2] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 278 e seg.

[3] Aubry e Rau, IV, § 339, pag. 279.

d'interdizione, d'inabilitazione, di minorità, di moglie, di demenza: la prescrizione incomincia a correre contro i loro eredi dal giorno della morte della medesima; [1]

3º Quando la nullità proceda da vizio del consenso: in questo caso la prescrizione incomincia a decorrere dal giorno in cui il consenso si sarebbe potuto prestare validamente; quindi in caso di violenza, dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti (art. 1300 alinea). La prova che la violenza durò; che l'errore e il dolo rimasero sconosciuti per un certo tempo, spetta al convenuto che diviene attore; sostenendo che la prescrizione incominciò a decorrere da un tempo diverso da quello che sostiene l'attore. [2]

Del resto a questa prescrizione quinquennale sono applicabili le regole della sospensione e dell'interruzione della prescrizione in genere; riguardo non solo alle persone che furono parti nell'atto ma eziandio ai loro eredi. Quindi per esempio, se ad un maggiore cui competa l'azione di nullità di un'obbligazione contratta per errore, scoperto in vita di lui, succeda un minore, la prescrizione incominciata contro di quello, resta sospesa durante la minore età dell'erede (art. 1301 in fine). [3] Ma gli eredi che si trovano soggetti alle regole generali di diritto, non possono esercitare le azioni di nullità e di rescissione, se non entro quel tempo che rimaneva ai loro autori (art. 1301).

Dall'altro canto, la disposizione particolare dell'articolo 1300 che stabilisce la prescrizione quinquennale, non deroga alla disposizione generale della prescrizione trentennale; quindi trent'anni dopo stipulato l'atto viziato da dolo, errore o violenza, non è più esercibile l'azione di nullità, benchè non siano trascorsi cinque anni dalla scoperta o dalla cessazione dei medesimi. [4]

---

[1] Toullier, VII, 714; Larombière, IV, art. 1304, n. 24 e 25; Aubry e Rau, IV, § 339, pag. 280; *contro* Marcadé (loc. cit.) nel caso che gli eredi di una donna maritata avessero interesse d'intentar essi l'azione di nullità.

[2] Duranton, XII, 536; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 287.

[3] Vedi Merlin, Rép. vº Rescission, n. 6 bis; Delvincourt, II, part. 2, p. 806; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 281.

[4] Vedi Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 281.

CAPO V.

DELLA PROVA DELLE OBBLIGAZIONI E DI QUELLA DELLA LORO ESTINZIONE

SOMMARIO

140. La parola prova ha vari significati, prendendosi per la produzione degli atti o mezzi di prova *(actus probandi)*; per i mezzi di prova considerati in se stessi; e in fine per il risultato della produzione dei mezzi di prova.

. Il provare importa somministrare al giudice adíto gli elementi di convinzione sulla verità di un fatto contestato.

La prova in ragione de' suoi mezzi, si distingue in *diretta* ed *indiretta:* è indiretta, quando è fatta col mezzo delle presunzioni; diretta quando è fatta cogli altri mezzi. In ragione poi della convinzione del giudice, si distingue in *completa* ed *incompleta ;* secondo che nell' animo di lui, genera o no una certezza sufficiente a fargli ritenere per vero il fatto che ne forma l'oggetto. Se la prova non è completa, il giudice deve respingere l'azione o l'eccezione; in forza della regola: *actore non probante, reus absolvitur.*

Lo scopo della prova è quello di convincere il giudice in tale sua qualità, della verità dei fatti che ne formano l'oggetto. Mezzo di tale scopo, è la dimostrazione della verità di questi fatti.

Dal canto suo, il giudice non può attingere la sua convinzione che negli elementi somministratigli dalle parti; in altri termini egli non può giudicare che in base delle prove addotte,

secundum allegata et probata: non basta nè che egli abbia avuto conoscenza personale del fatto allegato da una delle parti e dall'altra contestato, nè che questo si ritenga per certo dalla pubblica opinione.[1] Chè anzi, se per l'applicazione di una legge è richiesta la notorietà del fatto, e la notorietà sia negata, deve farsene la prova.

Niuno può essere ammesso a fare una prova, se essa per quanto completa, non possa influire in maniera più o meno decisiva nella sentenza da pronunciarsi sulla causa, giusta l'aforismo: *frustra probatur quod probatum non relevat.*

141. Il carico della prova spetta a quello che agisce, ossia che promuove un'azione; *actori incumbit onus probandi;* egli deve provare il diritto che serve di base alla sua azione e la lesione arrecata a tal suo diritto dal convenuto; perciocchè tali sono le condizioni generali di ogni azione; il negarsi dal secondo il concorso di così fatte condizioni non dispensa il primo dal fare la detta prova (art. 1317).[2] Alla sua volta quegli che oppone un'eccezione all'azione contro di lui sperimentata deve provarla, divenendo attore in ciò fare: *excipiendo, reus fit actor;* per esempio, il debitore convenuto per l'esecuzione di un'obbligazione unilaterale, di cui non è espressa la causa, deve provare la mancanza di questa, ove la opponga per respingere la dimanda dell'attore.[3]

Questi principî sono assoluti; talchè regolano il carico della prova, qualunque sia la natura dei fatti da provare e quantunque la parte che ha il carico della prova, si trovi nell'impossibilità più o meno assoluta di farla (art. 1312). In specie anche la prova di un fatto negativo resta a carico o dell'attore

---

[1] Vedi Toullier, VIII, 39; Duranton, XIII, 9; Aubry e Rau, VI, § 749, pag. 323; Marcadé, art. 1315, I, in nota.

[2] Consulta Inst. § 4 in medio, de interd. IV, 15; Leg. 2 e 21, D. de prob. et praes.; Leg. 8 e 23, C. de prob.

[3] Leg. 1, D. de except. XLIV, 1; Leg. 19, D. de prob. et praesumpt.; Maleville, art. 1131, Marbau, Traité de la trans. n. 157; Rolland de Villargues, Rép. v° Cause des obl.; Bonnier, n. 557; Poujol, art. 1131, 8; Marcadé, art. 1315, III; *contro* Duranton, X 355; Aubry e Rau, VI, § 749, pag. 327, 3e édit. secondo i quali il creditore dovrebbe provare l'esistenza della causa.

o del convenuto; secondo che l'uno in appoggio della sua dimanda, l'altro della sua eccezione lo allega; ciò è vero, quand'anche il fatto sia di tal natura che non possa provarsi, provando un fatto affermativo contrario;[1] per esempio, colui che dimanda la dichiarazione di assenza di una persona, deve provare che questa non ha dato notizie; quegli che vuole ripetere l'indebito deve provare che non doveva la cosa pagata; e quegli che vuole valersi di un diritto subordinato ad una condizione sospensiva consistente in un fatto negativo, deve provare l'esistenza di questo fatto.[2] Però il giudice non può esigere del fatto negativo prova così rigorosa come del fatto positivo.

Al contrario quegli che per far rigettare una dimanda o respingere un'eccezione, si limita a negare i fatti sui quali sono appoggiate, non è in generale, tenuto a fare alcuna prova: *affirmanti non neganti incumbit probatio.*[3]

---

[1] È stato comunemente insegnato che quegli il quale allega un fatto negativo non è tenuto a provarlo; ammenochè la prova non possa essere fatta indirettamente col mezzo di quella d'un fatto affermativo contrario; *negativa non est probanda*. Questa dottrina introdottasi per falsa interpretazione delle Leggi 2, D. de prob. et praesum. e 23, C. de prob. e che si è procurato di appoggiare sulle disposizioni di parecchie decretali, deve essere respinta per queste considerazioni. V'hanno senza dubbio delle negative così indefinite ed assolute che la prova ne è impossibile; ma è difficile a comprendere che tali negative possano formare l'oggetto di contestazioni giudiziarie, perchè i fatti ai quali si collegano, l'acquisto o l'estinzione dei diritti, sono ordinariamente limitati e circoscritti da circostanze di tempo e di luogo che permettono di farne la prova, benchè negativi. Secondariamente l'impossibilità, anche assoluta in cui si trovasse l'attore di giustificare i fatti negativi che servono di base alla sua domanda, non sarebbe un motivo sufficiente di esonerarlo del carico della prova per gravarne il convenuto. Infine esistono disposizioni legislative che impongono incontrastabilmente all'attore, l'obbligo di provare i fatti negativi sui quali fonda la sua dimanda, benchè tali da non risolversi agevolmente in un'affermazione contraria (Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 325, nota 15 sull'autorità di Weber e Steffter, pag. 132 e seg., pag. 264, 280 e seg., di Toullier, VIII, 16-19, di Bonnier, n. 31-36, e della C. di Cass. di Parigi, 21 novembre 1826, Syr. 27, 1, 34).

[2] Leg. 10, de verb. obl.

[3] L'adagio riportato nel testo e tratto dalla Leg. 2, D. de prob. et praes. XXII, 3, non è vero che in quanto s'intende in tal senso (Vedi Leg. 23, C. de prob. IV, 19; Marcadé, art. 1315, II; Van Wetter, II, § 403).

Il carico della prova consiste, tanto per l' attore, quanto per il convenuto, nel dover provare quegli elementi o quelle condizioni di fatto, il cui concorso è necessario pel godimento del diritto o del benefizio legale di cui l'uno o l'altro intende di valersi; di guisa che dato tal concorso, o la dimanda dell'attore deve essere accolta, o l'eccezione del convenuto deve essere ammessa; per esempio, la parte che respinge un'azione o un'eccezione di nullità, opponendo l'esecuzione dell'obbligazione compiuta dall'altra parte, deve provare non solo che questa esecuzione ha avuto luogo, ma eziandio che ha avuto luogo con conoscenza di causa e con l'intenzione di sanare la nullità.

All'infuora del concorso di questi elementi o di queste condizioni, la parte cui spetta il carico della prova, non deve provare altro; e in specie quegli che deve provare di possedere un dato diritto, può limitarsi a dimostrare di averlo acquistato: egli non è punto tenuto di provare che niuna causa gli ha impedito l'acquisto del medesimo; nè che non è sopravvenuta veruna cosa che lo abbia privato di tal diritto, o abbia ristretto o modificato il diritto medesimo a vantaggio dell'altra parte: spetta a questa di provare qualunque di tali fatti che invoca; perciocchè stabilito l'acquisto di un diritto, è naturale di presumere la conservazione di esso sino a prova contraria; quindi esempligrazia la parte che si prevale della prescrizione non è obbligata di provare che non è stata sospesa nè interrotta; e il proprietario che sperimenta l'azione negatoria, data la prova del suo diritto di proprietà, non è tenuto a provare che il suo fondo non è soggetto a servitù, a favore di altro fondo preteso dominante.[1]

I mezzi della prova indiretta sono, come si diceva, le presunzioni; ma quelli della prova diretta sono parecchi; tali sono gli scritti, le deposizioni de'testimoni, la confessione delle parti, il giuramento, gli accessi e le ispezioni di luogo e, in certi casi, le perizie: la legge civile non provvede intorno a que-

---

[1] Consulta Leg. 1, C. de probat.

st'ultimo mezzo di prova; è invece governata dal Codice di procedura civile (art. 252 e seg., 181 e 182, 209, 406 e seg., 444, 543, 623, 663, 826, 875-882).

SEZIONE I.

DELLA PROVA PER ISCRITTO

SOMMARIO

142. Da quali atti può risultare la prova per iscritto: atto pubblico, scrittura privata che comprende anche le tacche o taglie di contrassegno.

143. Che cosa sia l' atto pubblico — Quali condizioni si richieggono per costituir l' atto pubblico — Quale sia il valor probatorio dell' atto pubblico: fa piena fede sino a querela di falso — Di quali cose l' atto pubblico fa piena fede — *Quid*, delle contro-dichiarazioni fatte per atto pubblico? — Della forza esecutiva dell' atto pubblico.

144. Del mezzo con cui può impugnarsi l' atto pubblico: querela di falso in giudizio tanto civile, quanto penale — Regole che nell' uno e nell' altro la governano — Conseguenza dell' ammissione della querela di falso.

145. Seguito — Degli atti pubblici, nulli come tali — Se e sotto quali condizioni equivalgono a scritture private — Conseguenze, in ordine alla validità o nullità della convenzione.

146. Della prova risultante da scrittura privata — Quali e quanti scritti si comprendano sotto tal voce — Che cosa sia la scrittura privata propriamente detta — Quale sia la condizione essenziale della scrittura privata: la firma o sottoscrizione delle parti — Della *firma in bianco*.

147. In qual forma possa redigersi la scrittura privata — Delle formalità della *scrittura* dell' atto o del *buono* od *approvato:* in che consistano: quando siano o no necessarie — *Quid*, se non siano osservate? — Il difetto di tale formalità è sanabile — *Quid iuris*, se la somma espressa nel corpo dell' atto sia diversa da quella espressa nel *buono?*

148. A quali condizioni sia subordinata la prova della scrittura privata: riconoscimento o verificazione della sottoscrizione o scrittura — A che sia tenuto quegli contro il quale la scrittura privata vien prodotta, come sua? — *Quid iuris*, quando l' interessato neghi il proprio carattere o la propria sottoscrizione, o i suoi eredi o aventi causa dichiarano di non conoscerli? verificazione.

149. Del valor probatorio della scrittura privata, rispetto alle parti contraenti, ai loro eredi e aventi causa: fa fede come l' atto pubblico — *Quid* riguardo ai terzi? Ma la scrittura privata non fa prova della sua data se non fino a prova contraria, rispetto alle parti interessate; se non è divenuta legalmente certa, riguardo ai terzi — Quali persone s' intendono comprese sotto la denominazione di terzi? Quando e con quali mezzi la data delle scritture private divenga legalmente certa.

150. Dei libri dei commercianti, considerati come scritture private e mezzi di prova — Fra quali persone facciano o no prova.

151. Dei registri e delle carte domestiche, considerate come scritture private e mezzi di prova — In quali casi e sotto quale condizione facciano fede contro colui che n' è l' autore — *Quid* delle annotazioni tendenti a dimostrare la liberazione del debitore, e poste dal creditore in calce, in margine, o nel dorso del titolo o del duplicato di un titolo ecc.? — Della prova contraria a tali annotazioni — *Quid* delle scritture in fogli volanti? — L' autorità giudiziaria può costringer mai le parti a produrre le carte domestiche e i registri?

152. Delle tacche o taglie di contrassegno — Che cosa siano — Qual valore probatorio esse abbiano.
153. Delle copie degli atti pubblici e privati — Qual valore probatorio esse abbiano — A quale condizione sia tal loro valore subordinato.
154. Degli atti di ricognizione — Che cosa essi siano — Qual valore probatorio essi abbiano.

142. La prova per iscritto è quella che risulta da atto pubblico o da scrittura privata (art. 1313). Fra le scritture private si noverano le tacche o taglie di contrassegno (art. 1232).

L'atto pubblico e la scrittura privata costituiscono prova per iscritto, tanto se siano in originale, quanto in copia, tanto se meramente originari, quanto se riconosciuti o rinnovati.

Ma l'atto pubblico e la scrittura privata sono richiesti sovente, come formalità solenne e non come mezzo di prova della convenzione. [1]

143. L'atto pubblico è quello che è stato ricevuto o redatto colle richieste formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, nel luogo ove l'atto è seguíto, ad attribuirgli la pubblica fede (art. 1315).

A costituir quindi l'atto pubblico sono necessarie tre condizioni:

1º Che l'atto sia ricevuto o redatto da un ufficiale autorizzatovi. Per esservi autorizzato, l'ufficiale deve essere innanzi tutto capace di ricever l'atto, per ragione delle sue attribuzioni. Quindi non sarebbe valido come atto pubblico, un istrumento di vendita che fosse stato ricevuto da un prefetto, in luogo del notaio; nè una donazione ricevuta da un cancelliere o segretario di tribunale; [2] parimente non sarebbe valido l'atto che un notaio destituito o sospeso ricevesse dopo la notifica della destituzione e della sospensione. Sarebbe invece valido, se lo avesse ricevuto dopo la dichiarazione ma prima della notifica delle medesime; molto più sarebbe valido l'atto ricevuto da una persona che fu nominata notaro, senza avere i requisiti voluti dalla legge per validità della nomina. [3] Secon-

---

[1] Vedi sopra n. 49 e Appendice in fine del volume.
[2] Torino, 14 febbraio 1870, G. XXII, 2, 102.
[2] Duranton, XIII, 77; Bonnier, n. 354; Marcadé, art. 1317, I.

dariamente l'uffiziale dev'esser competente per ragione del luogo in cui deve esercitare il suo ufficio; perciò non sarebbe valido, come atto pubblico, l'istrumento di vendita ricevuto in Modena da un notaio di Bologna;

2º Che l'atto sia redatto colle formalità prescritte dalla legge sotto pena di nullità; non sarebbe dunque valido per esempio, l'atto pubblico di vendita che non fosse stato firmato dal notaro.

L'atto pubblico fa piena fede della convenzione *(quod conventum est)*, e dei fatti *(quod actum est)* enunciativi dal notaio o da qualunque altro pubblico ufficiale che lo ha ricevuto, sia come compiuti da essi medesimi, sia come seguíti alla loro presenza. Tutto ciò è ritenuto per vero sino a prova di falso; perciocchè se non è vero, il pubblico ufficiale ha dovuto commettere un falso. Quindi sino a prova di falso, si ha per vera fra le altre cose, la data che l'atto porta; le firme che vi sono segnate; la osservanza delle altre formalità che vi è menzionata; la realtà delle dichiarazioni riferitevi, come fatte dalle parti; e la enumerazione del denaro che vi sia notata (art. 1318). [1] Ma quanto alla sincerità delle dichiarazioni che possono essere state fatte dalle parti al pubblico ufficiale e da esso riferite nell'atto questo non fa fede che sino a prova in contrario (art. e arg. art. 363 alinea 1º e arg. *a contr.* art. 1318); la quale può esser fatta anche col mezzo di presunzioni. [2] Ciò è vero anche in ordine alla dichiarazione di maggiore età fatta dai contraenti; non essendo punto tenuto il notaio che riceve l'atto pubblico a verificare e quasi a garantire la verità della medesima. [3]

Di questa convenzione e di questi fatti l'atto pubblico fa piena fede non solo fra le parti ma eziandio riguardo ai terzi

---

[1] Consulta Leg. 10, D. de prob. XXII, 3; Leg. 6, C. de re iud. VII, 52; Leg. 11, C. qui pot. VIII, 18.

[2] C. C. Torino, 21 marzo 1866, B. XVIII, 1, 168.

[3] Napoli, 17 giugno 1870, B. XXII, 2, 458.

(arg. art. 1317 e arg. art. *a contr.* art. 1318). [1] I terzi inoltre, sebbene non possono valersi di un contratto a cui furono estranei, per desumerne titoli pei propri diritti o per le altrui obbligazioni, quantunque stipulato per atto pubblico, possono nondimeno allegarlo come mezzo di prova di un determinato fatto (arg. art. 1317 princ.). [2]

L'atto pubblico fa pure prova di quelle cose le quali non sono state espresse che in modo enunciativo, purchè l'enunciativa [3] abbia un diretto rapporto colla disposizione (art. 1312); [4] così per esempio, se in un atto pubblico in cui sia riconosciuta una rendita perpetua, è enunciato che il suo ammontare primitivo fu ridotto col rimborso di parte del capitale e che la rendita fu pagata sino ad un tempo, esso fa prova di tale rimborso e tale pagamento, perchè hanno un rapporto diretto col riconoscimento della rendita che è l'oggetto principale dell'atto medesimo. Ma le enunciative estranee alla disposizione non possono servire che per un principio di prova (art. 1318); esempligrazia, se un atto pubblico di prestito enuncia che il denaro che il mutuante dà a prestito, gli è stato donato da un terzo, non fa prova della donazione; perocchè non ha rapporto diretto col prestito che è il contenuto essenziale, l'oggetto principale dell'atto medesimo; costituisce però un principio di prova della donazione contro il mutuante e a favore di coloro che hanno interesse di provarla. Delle enunciative che hanno un diretto rapporto colla disposizione l'atto pubblico non fa prova che tra le parti (art. 1318).

---

[1] Consulta Leg, 11, C. qui potior. VIII, 18; Bonnier, Traité théorique et pratique des preuves, pag. 394; Aubry e Rau, VI, § 755, pag. 371; Marcadé, art. 1819, II; Mourlon, II, 1525 e 1526.

[2] C. C. Firenze, 18 dicembre 1871, A. V, 1, 406.

[3] [4] Chiamasi *enunciativa* la clausola dell'atto pubblico in cui è riferito un fatto che potrebbe essere soppresso nell'atto; senza alterare la sostanza della operazione principale dell'atto medesimo. Chiamasi *disposizione* o *dispositiva* la clausola che contiene l'operazione che le parti hanno voluto principalmente compiere, dimodochè, soppressa la dispositiva, l'atto subirebbe un cambiamento sostanziale.

Gli stessi effetti degli atti pubblici e nei medesimi rapporti, sono prodotti dalle contro-dichiarazioni fatte per atto pubblico (arg. art. 1317 e arg. *a contr.* art. 1319). Ma le contro-dichiarazioni fatte per scrittura privata non possono aver effetto che fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale; perocchè in questo secondo caso esse sono destinate ordinariamente a rimanere segrete fra le medesime parti (art. 1319).[1]

Chiamansi contro-dichiarazioni gli atti contenenti modificazioni o derogazioni apportate dalle parti ad una convenzione o ad una disposizione anteriormente fatta.

Ogni atto contrattuale ricevuto da un notaro o da altro uffiziale pubblico autorizzato a riceverli, ha eziandio la forza di titolo esecutivo che può dar luogo alla esecuzione forzata, giusta le disposizioni del Codice di procedura civile (articoli 553-576 di questo Codice). Non è di ostacolo alla esecuzione del medesimo la circostanza che sia impugnato di falso principale per supposizione di persona, concernente una delle parti, quando soprattutto la persona in quistione abbia contratto una semplice obbligazione accessoria, e non sia in causa, e la controversia riguardi le altre parti che hanno firmato l'atto, e adempiuto parzialmente le obbligazioni assunte con esso.[2]

144. L'atto pubblico può essere impugnato con la querela di falso in giudizio tanto civile quanto penale (art. 296 e seg. Cod. di proc. civ. e 1317 Cod. civ.). In giudizio civile la querela di falso può essere proposta sia come oggetto principale della causa, sia incidentalmente nel corso di essa, giusta le regole del Codice di procedura civile (art. 296 e seg.). In giudizio penale, la querela di falso è subordinata alle leggi del Codice penale.

Pendente in giudizio civile la querela di falso, la esecuzione dell'atto pubblico può secondo le circostanze, essere temporaneamente sospesa dall'autorità giudiziaria: pendente in giudizio penale, l'esecuzione del medesimo resta sospesa di

---

[1] Consulta Marcadé, art. 1321.

[2] Consulta C. C. Napoli, 16 giugno 1869, B. XXI, 1, 368.

diritto col mandato di cattura. Sino a che il mandato di cattura non sia rilasciato, la sospensione dell'esecuzione è solamente in facoltà dell'autorità giudiziaria (art. 1317).

Se l'atto pubblico sia dichiarato falso, perde necessariamente ogni virtù probatoria ed esecutiva.

Infine contro il contenuto di un atto pubblico è ammissibile pur anco la prova testimoniale. [1]

145. Sono atti nulli come pubblici quelli i quali mancano di una delle condizioni richieste per la loro validità; [2] quindi sono nulli, come atti pubblici, quelli ricevuti da un uffiziale incompetente od incapace, o mancanti di alcuna delle formalità richieste sotto pena di nullità. [3] Essi però valgono come scritture private, quando sieno stati sottoscritti dalle parti (art. 1316). [4] Se più sono le parti che congiuntamente o solidariamente intervennero nell'atto, è necessario che questo sia sottoscritto da tutte; se una sola non siasi sottoscritta, l'atto non vale come scrittura privata neppure contro quelle che l'hanno sottoscritto. [5] A tal effetto oltre la sottoscrizione delle parti, non si richiede altra formalità e in specie non si richiede quella voluta dall'articolo 1325; nel caso in cui nell'atto che si volle far pubblico, una sola delle parti siasi obbligata a pagare una somma di danaro o a dare altra cosa valutata in quantità. [6]

Conseguentemente, non ostante la nullità dell' atto come pubblico, avrà effetto la convenzione contenutavi, ove da una parte esso valga come scrittura privata; e dall'altra per la sua esistenza e validità non sia richiesto l'atto pubblico ma basti la scrittura privata; quali sono fra le altre le convenzioni

---

[1] Vedi Torino, 30 luglio 1869, B. XXI, 2, 508.
[2] Vedi sopra n. 143.
[3] Consulta Marcadé, art. 1318, V e VI.
[4] Consulta C. C. Napoli, 3 agosto 1869, B. XXI, 1, 566.
[5] Bonnier, n. 376; Aubry e Rau, VI, § 755, pag. 376 testo e nota 62; Marcadé, art. 1318, IV; *contro* Toullier, VIII, 185-187; Duranton, XIII, 72.
[6] Bonnier, n. 377; Duranton, XIII, 71; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 374 testo e nota 57; Marcadé, art. 1318, I; Mourlon, II, 1536.

e gli altri atti enumerati nell'articolo 1314; inquantochè possono farsi non solo per atto pubblico ma anche per iscrittura privata. Al contrario se la esistenza e la validità della convenzione sia subordinata alla forma dell'atto pubblico sia per disposizione di legge, sia per volontà delle parti, non giova punto che questo equivalga a scrittura privata; come se per esempio, si trattasse della donazione o del contratto di matrimonio. [1]

146. Dall'atto pubblico passando alle scritture private, noterò innanzi tutto che sotto la voce di scrittura privata, si comprendono le scritture private propriamente dette, i libri di commercio, i registri e le carte domestiche.

La scrittura privata è ogni atto fatto per iscritto senza l'intervento di pubblico uffiziale e munito della sola sottoscrizione delle parti.

Una è la condizione essenziale alla esistenza della scrittura privata; la sottoscrizione delle parti. Essa non può essere supplita nè da segno di croce, nè da qualunque altro segno. Debbono sottoscriversi tutte le parti; attalchè se alcuna di esse non l'abbia sottoscritta, l'atto si ha come non fatto e non costituisce neppure un principio di prova per iscritto contro di essa. [2]

La firma può essere apposta prima o dopo la redazione dell'atto; nel primo caso chiamasi *firma in bianco*. L'atto firmato in bianco fa prova delle convenzioni e di tutte le altre cose che dipoi vi sono state scritte. Questa regola però va soggetta ad eccezione: *a)* nel caso in cui il firmatario riesca a fare la prova in contrario; questa prova però non ha effetto contro i terzi che in base a tale atto hanno contrattato in buona fede con l'altra parte; *b)* nel caso in cui il medesimo provi che la firma in bianco fu frodolentemente sottratta alla persona a cui l'aveva affidata, o che sul foglio da lui firmato, fu scritto il contenuto da un terzo all'insaputa di quella.

---

[1] Marcadé, art. 1318, VI.

[2] Aubry e Rau, VI, § 756, pag. 378.

147. La scrittura privata può esser redatta in qualunque forma; perocchè la legge non subordina la validità di essa a veruna speciale formalità. Quindi può essere scritta in lingua straniera; non essere datata; avere interlinee; e le postille sono valide, benchè non sottoscritte particolarmente dalle parti. [1]

Ma, ove si tratti di polizza o di promessa per iscrittura privata, colla quale una sola delle parti si obbliga verso l'altra di pagarle una somma di danaro o di darle altra cosa valutata in quantità, si richiede che sia scritta per intero di mano di chi la sottoscrive; o per lo meno è necessario che questi alla sua sottoscrizione aggiunga di propria mano un *buono* od *approvato* indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa; essendosi dimostrato dall'esperienza come pericoloso l'ammettere per prova sufficiente di un'obbligazione la sola sottoscrizione della parte che in questa ipotesi si obbliga (articolo 1325). Nulla rileva che l'atto sia sottoscritto da una sola persona o da più persone obbligatesi congiuntamente o solidariamente; inquantochè in questa seconda ipotesi ciascuna deve fare alla sua sottoscrizione la suddetta aggiunta, benchè l'atto sia stato scritto per intero di mano di alcuna di esse; [2] quest'ultima però non è tenuta allora a fare la medesima aggiunta alla sua sottoscrizione. È parimente indifferente, a questo riguardo, la forma e la natura dell'obbligazione assunta; e le circostanze in cui è stata contratta; quindi per esempio, questa formalità dev'essere osservata, se trattisi di un chirografo, con cui un padre ringrazia taluno di aver reso possibile a suo figlio l'ufficio di agente di cambio, col prestargli la cauzione di lire mille di rendita, e si obbliga di tenerlo indenne da ogni danno. [3] Parimente dev'essere osservata, ove si tratti di liquidazione di conto, nella quale una delle parti si obblighi di

---

[1] Vedi Toullier, VIII, 257-269; Duranton, XIII, 127 e 128; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 377-378 testo e nota 11.

[2] Vedi Toullier, VIII, 300 e 301; Duranton, XIII, 179; Bonnier, n. 550; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 389; Marcadé, art. 1326, 1327, II.

[3] C. C. Torino, 26 luglio 1866, B. XXVIII, 1, 585.

pagare il residuo; ove si tratti di ricognizione di deposito; di costituzione di rendita; di obbligazioni unilaterali principali od accessorie. Infine deve osservarsi nel caso di un'obbligazione unilaterale contratta in un atto ad essa esclusivamente destinato; ovvero in una clausola speciale di un atto il cui oggetto principale sia un contratto bilaterale. [1]

Ma per eccezione l'anzidetta formalità non è richiesta: *a)* quando si tratti di materie commerciali (art. 1325); *b)* quando la somma di denaro non è determinata, o la cosa non può valutarsi in quantità nel giorno in cui si contrae l'obbligazione unilaterale; [2] *c)* infine quando si tratti di quietanza. [3]

Le condizioni della formalità del *buono* od *approvato*, devono osservarsi con rigore; quindi si avrebbe per mancata, se la somma o quantità della cosa vi fosse indicata in cifre; e molto più se la parte che si è obbligata, approvasse solamente la sua sottoscrizione.

Il difetto della formalità di scrittura dell'atto privato o del *buono* od *approvato* non pregiudica punto alla validità della obbligazione; [4] toglie sibbene all'atto non scritto per intero di mano della persona che si è obbligata, o mancante della formalità del *buono* od *approvato*, la forza di fare piena prova della obbligazione. Il giudice però ha la facoltà di considerarlo come un principio di prova per iscritto; in forza del quale perciò giusta i principî generali, la persona verso cui l'obbligazione medesima fu contratta, può valersi dei testimoni e delle presunzioni per completarne la prova, ed essere anche autorizzata a deferire il giuramento suppletorio all'altra parte. [5]

---

[1] Consulta, su queste diverse decisioni, Toullier, VIII, 302 e seg.; Duranton, XIII, 171 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 390-391.

[2] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 391 e 392 testo e nota 64.

[3] Duranton, XIII, 169; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 392.

[4] Toullier, VIII, 281; Duranton, XIII, 187 e 188; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 394; Marcadé, art. 1326-1327, III; Mourlon, II, 1556.

[5] Vedi Merlin, Rép. v° Billet, § 1; Toullier, VIII, 281; Duranton, XIII, 187 e seg.; Bonnier, n. 534; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 394 testo e note 75 e 76.

Il difetto dell'una o dell'altra formalità non si sana nè colla prescrizione quinquennale; [1] nè con l'esecuzione parziale dell'obbligazione. [2]

Quando la somma espressa nel corpo dell'atto è diversa da quella espressa nel *buono*, siane maggiore o minore, si presume che l'obbligazione sia per la somma minore; ancorchè l'atto come pure il *buono* siano scritti per intero di mano di colui che si è obbligato; questa regola peraltro in tanto è applicabile in quanto non si provi dall'interessato in qual parte sia precisamente l'errore (art. 1326).

148. La scrittura privata benchè valida nella forma, non fa prova che in quanto ne' congrui casi, la sottoscrizione o la scrittura sia riconosciuta, o sia stata precedentemente verificata in giudizio e dichiarata vera (arg. art. 1320). [3] Non è però necessario che quegli il quale voglia valersene, faccia anticipatamente dimanda formale del riconoscimento, o della verificazione: basta che notifichi ed opponga l'atto al suo avversario e che questi taccia; perciocchè il silenzio di lui equivale al riconoscimento o alla verificazione. [4]

Se la scrittura privata sia prodotta contro colui, del quale porta apparentemente la firma, egli è tenuto a riconoscere o a negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione; ma se è prodotta contro i suoi eredi ed aventi causa, questi possono limitarsi a dichiarare di non conoscere il carattere o la sottoscrizione del loro autore (art. 1321).

Ove la parte neghi il proprio carattere e la propria sottoscrizione o i suoi eredi e aventi causa dichiarino di non conoscerla, il giudice prima di pronunziare la sentenza, deve decidere sulla verità dell'atto, benchè non ne sia stata chiesta

---

[1] Duranton, XIII, 185; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 395.

[2] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 395 testo e nota 78; *contro* Toullier, VIII, 302.

[3] Consulta Leg. 16 princ.; Leg. 20, C. de prob.; Nov. 49, cap. II; Nov. 73, cap. VI; Auth. Illud etiam iudicavimus, ad Leg. 20, C. eod.

[4] Toullier, VIII, 229; Duranton, XIII, 113 e 114; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 396.

formalmente la verificazione. A tal effetto deve egli ordinarne la verificazione, che perciò chiamasi giudiziale (art. 1322); salvochè trovi nel processo della causa elementi sufficienti per convincersi della verità o della falsità dell'atto, e conseguentemente per ammetterlo o rigettarlo. [1] Nulla rileva del resto che l'atto sia negato o non sia riconosciuto per intero o in parte. [2] Ove debba procedersi al giudizio di verificazione, non può veruna delle parti pretendere che la perizia calligrafa sia preferita alla prova testimoniale, essendo in facoltà del giudice di valersi dei diversi mezzi all'uopo indicati dalla legge. [3]

La verificazione dell'atto può domandarsi in via principale e incidentale; [4] e può farsi col mezzo di titoli, di periti e testimoni. Ma è riservata al giudice la facoltà di ordinare che si proceda alla verificazione con tutti e tre i mezzi cumulativamente o successivamente; e di decidere sul risultamento di uno di essi soltanto. [5]

Si hanno poi per riconosciute le sottoscrizioni autenticate da un notaio. Questi non può autenticare le sottoscrizioni che non siano apposte alla presenza sua e di due testimoni, premesso l'accertamento dell'identità delle persone dei contraenti (art. 1323).

149. La scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto pubblico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi ed aventi causa; ma non riguardo ai terzi (art. 1322). [6] Quindi fra le altre cose, la scrittura privata come

---

[1] Boncenne, Théorie de la procédure civile, III, pag. 486; Chauveau sur Carrè, Lois de la procédure civile, I, quest. 803 ter; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 396 e 397 testo e nota 84.

[2] Aubry e Rau, tom. § e pag. cit.

[3] C. C. Napoli, 26 marzo 1868, B. XX, 1, 309.

[4] Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Questa regola nel diritto patrio è assoluta; essendo impossibile di ammettere la eccezione della Leg. 11 in fine, C. qui pot. VIII, 18; perciocchè la pubblicità della iscrizione ipotecaria ha surrogato quella specie di quasi-pubblicità risultante dalla firma di tre testimoni.

l'atto pubblico, fa prova tra le parti anche di quelle cose, le quali non sono state espresse che in modo enunciativo; purchè l'enunciativa abbia un diretto rapporto colla disposizione; e non serve che per un principio di prova in riguardo all'enunciative estranee alla disposizione (art. 1318). [1] Ma quantunque il carattere o la sottoscrizione sia stata riconosciuta o sia tenuta per tale, la parte contro cui si produce un atto privato, ha sempre il diritto di proporre le sue ragioni contro il contenuto del medesimo, benchè non abbia fatta alcuna riserva al momento della ricognizione (art. 1324). L'impugnativa del contenuto però non basta ad impedire la esecuzione provvisoria della sentenza, giusta l'articolo 363, n. 1°, del Codice di procedura civile. [2]

Ma gli atti privati, a differenza dei pubblici, non fanno prova, neppure fra le parti e i loro eredi e aventi causa, della data che sino a prova contraria; questa può esser fatta anche con le semplici presunzioni. Riguardo poi ai terzi, le scritture private non fanno prova della loro data, se non quando sia divenuta legalmente certa. Ciò è vero anche rispetto alle scritture private legalmente riconosciute. [3]

Devono considerarsi per terzi in questa materia, tutti gli aventi causa di una delle parti, a titolo particolare, che possono valersi de'loro diritti in nome proprio; per esempio debbono considerarsi come terzi, due acquirenti delle stesse azioni commerciali da uno stesso cedente; talchè deve prevalere il contratto avente data certa. [4] Al contrario non possono considerarsi come terzi coloro che esercitano un diritto in nome del loro autore, nella qualità sia di eredi sia di creditori, giusta la disposizione dell'articolo 1235. Quanto ai terzi estranei, è evidente che ad essi nulla può interessare che l'atto abbia data certa o no; perciocchè non li riguarda punto, come *res inter alios acta.* [5]

---

[1] Vedi Casale, 1 maggio 1867, B. XIX, 2, 222.

[2] Torino, 21 agosto 1866, B. XVIII, 2, 457.

[3] C. C. Torino, 9 maggio 1867, B. XIX, 1, 334.

[4] C. C. Torino, 23 agosto 1867, B. XIX, 1, 583.

[5] Consulta su questi diversi punti; Marinier, Revue pratique, 1856 e 1857, I, 490, II, 73 e 262; Bonnier, n. 529 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. 399-407 testo e note; Marcadé, art. 1328.

La data delle scritture private diviene certa e perciò computabile riguardo ai terzi:

1° Dal giorno in cui sono state trascritte o depositate nell'uffizio di registro (art. 1327). La registrazione dev'esser fatta nell'ufficio competente sotto pena di nullità; per esempio la registrazione di un affitto di beni immobili eseguita in un ufficio diverso da quello del luogo in cui i beni sono situati, è nulla; e non vale quindi ad attribuire data certa al medesimo; [1]

2° Dal giorno nel quale colui o uno di coloro che le hanno sottoscritte, è morto o posto nella fisica impossibilità di scrivere; esempligrazia per paralisi o resezione delle mani;

3° Dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture è comprovata da atti stesi da uffiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizione di sigilli o d'inventario;

4° Finalmente è certa la data, quando risulta da altre prove equipollenti, per esempio, dal timbro postale in una lettera (art. 1327).

È opinione comune che la disposizione dell'articolo 1327 non sia applicabile alle quietanze. [2]

150. I libri de'commercianti, quali sono definiti dal Codice di commercio (art. 16 e seg.), fanno fede contro di essi e a favore tanto di altri commercianti, quanto di persone non commercianti, giusta la disposizione generale ed assoluta della legge (art. 1329). Ciò è vero, quand'anche i libri non siano stati tenuti in modo regolare; altrimenti la colpa e la negligenza del commerciante che li ha tenuti irregolarmente, tornerebbe a suo vantaggio (art. 23 Cod. comm.). [3] Ma quegli il quale vuol valersi dei libri dei commercianti, come mezzo di prova a suo vantaggio, non può scinderne il contenuto per negare ciò che gli è contrario (art. 1329).

Al contrario i libri di commercio non fanno prova contro le persone non commercianti senza distinguere, se la conven-

---

[1] C. C. Napoli, 26 marzo 1868, B. XX, 1, 309.

[2] Toullier, VIII, 249 e 250; Duranton, XVI, 504; Bonnier, n. 570; Marcadé, art. 1328, V.

[3] Aubry e Rau, VI, § 757, pag. 409 testo e nota 5.

zione stipulatasi fra il commerciante e il non commerciante e della cui prova si tratta, sia puramente civile per il non commerciante o costituisca per l'uno e per l'altro un atto di commercio. [1] Ove però trattisi di somministrazioni fatte dal commerciante alla persona non commerciante, e registrate nei libri di commercio, il giudice è autorizzato a deferire d'uffizio il giuramento all'una o all'altra parte (art. 1329 e art. 23 Cod. comm.); sempre che i medesimi siano tenuti regolarmente; non facendo in caso contrario prova alcuna. [2] Ma non può egualmente ammettere la prova testimoniale; essendo in tale ipotesi, limitato a quell'effetto il valore probatorio dei libri di commercio. [3]

Per quanto infine concerne i commercianti nei loro rapporti in materie commerciali, i libri di commercio possono essere ammessi in giudizio per servire di prova tra i medesimi nelle suddette materie (art. 21 Cod. comm.).

151. Per registri e per carte domestiche s'intendono i libri d'introito e d'esito, dei crediti e dei debiti tenuti da persone non commercianti.

I registri e le carte domestiche non fanno fede in verun caso, a favore di colui che le ha scritte; perciò non fanno prova nè del possesso di un suo credito, nè della liberazione di un suo debito (art. 1330). Anzi non valgono a favor suo neppure, come principio di prova per iscritto. [4] Ma nulla vieta al giudice di desumerne delle presunzioni, giusta il suo savio criterio. [5]

Al contrario i registri e le carte domestiche fanno fede contro colui che le ha scritte nei due seguenti casi; cioè:

---

[1] Pardessus, Cours de droit commerc. I, 257; Aubry e Rau, VI, tom. e § cit. pag. 409.

[2] Pardessus, loc. cit.; Toullier, VIII, 368; Duranton, XIII, 196; Bonnier, n. 634; Aubry e Rau, VI, § 757, pag. 409.

[3] Bonnier, n. 633; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 409 testo e nota 3; Marcadé, art. 1329 e 1330, II; *contro* Toullier, VIII, 369 e IX, 70.

[4] Toullier, VIII, 400; Duranton, XIII, 621, Bonnier, n. 605; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 411; Marcadé, art. 1331, III.

[5] Aubry e Rau, loc. cit.

1° Quando enunciano formalmente la ricevuta di un pagamento (art. 1330 1°); quantunque la enunciativa si trovi rasa o cancellata; purchè peraltro sia intelligibile; [1]

2° Quando contengono una espressa menzione che l'annotazione è stata scritta per supplire alla mancanza di titolo a favore del creditore (art. 1330 2°).

Ma nell' una e nell'altra ipotesi i registri e le carte domestiche non fanno fede che sotto la condizione che siano stati scritti dalla persona, contro cui si producono. Se non sono scritti da lui, è lasciato al prudente arbitrio del giudice, di determinare giusta le circostanze, sino a qual grado essi meritino fede. [2]

Medesimamente qualunque annotazione, la quale tende a dimostrare la liberazione del debitore, posta dal creditore in calce, in margine o nel dorso di un suo titolo di credito il quale sia rimasto sempre presso di lui, fa fede (art. 1331). Le due condizioni alle quali è subordinata la prova di siffatta annotazione, cioè; *a)* che sia posta o scritta dal creditore; *b)* che il titolo di credito sia rimasto sempre il medesimo; debbono concorrere cumulativamente; per conseguenza l'annotazione scritta da un terzo, non fa prova, benchè il titolo sia rimasto sempre presso il creditore; e l'annotazione scritta dal creditore, non fa prova se il titolo non sia rimasto sempre presso di lui. [3] Ma oltre queste due condizioni, non se ne richiede altra, e specialmente non si richiede che porti nè la data nè la sottoscrizione del creditore (art. 1331).

Fanno egualmente prova le annotazioni (tendenti sempre a dichiarare la liberazione del debitore) poste dal creditore nel dorso, in margine o in calce del duplicato di un titolo proprio del debitore o di una precedente quietanza; purchè tale documento si trovi presso il debitore (art. 1331). [4]

---

[1] Duranton, XIII, 208; Bonnier, n. 605; Aubry e Rau, VI, § 758, pag. 412 testo e nota 7.

[2] Duranton, XIII, 205; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 412.

[3] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 413 testo e nota 11.

[4] Consulta Marcadé, art. 1332.

Le annotazioni liberatorie tanto in questa, quanto nella precedente ipotesi fanno fede contro il creditore, benchè rase o cancellate; semprechè siano intelligibili. [1]

Quegli al quale si opponessero le enunciazioni contenute nei suoi registri o nelle sue carte domestiche, o le annotazioni liberatorie poste in titoli di credito rimasti sempre presso di lui, può provare che tali enunciazioni ed annotazioni furono da lui fatte per errore. Può a tal fine servirsi di testimoni e di semplici presunzioni, quand'anche non abbia un principio di prova per iscritto. [2] Ma se trattisi di annotazioni liberatorie poste in un duplicato di un titolo proprio del debitore o di una precedente quietanza la prova in contrario col mezzo dei testimoni non può farsi, se non v'ha un principio di prova per iscritto; perchè queste a differenza di quelle, hanno il carattere di veri atti (art. e arg. art. 1341). [3]

In quanto alle scritture in fogli volanti le quali non siano state sottoscritte, esse per regola non fanno fede contro colui che le ha scritte, benchè enuncino formalmente la ricevuta di un pagamento o l'esistenza di un debito a favore di un terzo. Ma se attese le circostanze particolari di fatto, il giudice ha in esse riconosciuto la forza di prova, non è ammesso ricorso in cassazione contro la sentenza di lui. [4]

Per regola, l'autorità giudiziaria non può costringere le parti a produrre i registri e le carte domestiche; giusta il principio che *nemo contra se edere tenetur,* quantunque il convenuto sostenga che esse contengano la prova dei pagamenti da lui fatti e la esistenza dei registri e delle carte domestiche sia provata. Inoltre il rifiuto di esibirli non basta, per se solo, a costituire una prova qualunque sufficiente ad autorizzare il giudice a deferire il giuramento suppletorio. [5]

---

[1] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 415; *contro* Toullier, VIII, 356.

[2] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 415 testo e nota 15.

[3] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 415-416 testo e nota 16.

[4] Consulta Toullier, VIII, 356; Bonnier, n. 604; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 415 testo e nota 14; Marcadé, art. 1331, V.

[5] Merlin, Rép. v° Compulsoire, § 2; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 412 testo e nota 9; *contro* Toullier, VIII, 404; Duranton, XIII, 210; Marcadé, art. 1331, VI.

Ma se i registri e le carte domestiche siano comuni alle due parti, la loro esibizione non può esser rifiutata. [1]

152. Per tacca o taglia di contrassegno s'intende un legnetto diviso per lo lungo in due parti eguali, del quale due persone si servono per provare le somministrazioni in minuto che l'una fa giornalmente all'altra. A tale effetto la persona che fa le somministrazioni ritiene presso di sè una delle parti che chiamasi propriamente taglia, e la persona che le riceve, ritiene l'altra che chiamasi riscontro. Ad ogni somministrazione le due parti si riuniscono e vi si fa un piccolo taglio; di guisa che il numero dei tagli indica la quantità delle somministrazioni.

Le tacche o taglie di contrassegno corrispondenti a quelle del contrassegno di riscontro fanno fede fra le persone le quali usano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono al minuto (art. 1332).

Se non venga esibito il riscontro, la taglia può da sola far fede fra le parti; ove consti; *a)* che l'una faceva abitualmente somministrazioni all'altra; *b)* che si servivano di una taglia per comprovarne la quantità; altrimenti sarebbe in potere del debitore il distruggere questo mezzo di prova del suo debito. Se queste due condizioni a cui in questa ipotesi, è subordinato il valore di prova della taglia, manchino, questa non può fare fede alcuna: [2] anzi non può neppure assimilarsi ad un principio di prova per iscritto, all'effetto di ammettere la prova testimoniale o di autorizzare il giudice a deferire il giuramento suppletorio. [3]

153. Le copie degli atti pubblici, quando sono estratte dall'atto originale e sono autenticate dal notaio o da altro pubblico uffiziale che li ha ricevuti o che è legittimamente autorizzato ad autenticarle, fanno fede come lo stesso originale.

---

[1] Merlin, loc. cit.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 413. Quanto alle lettere confidenziali, vedi vol. II, n. 244.

[2] Consulta Merlin, Rép. v° Taille de march.; Toullier, VIII, 409; Duranton, XIII, 234; Bonnier, n. 611-616; Aubry e Rau, VI, 416; Marcadé, art. 1333.

[3] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 416 testo e nota 1; *contro* Duranton, loc. cit.

Fanno ugualmente fede le copie delle scritture private, il cui originale si trova depositato in pubblico archivio, quando siano spedite dall'archivista in conformità dei regolamenti (art. 1333). [1]

Fanno la stessa fede le copie degli atti pubblici estratte in conformità dei regolamenti dall' archivista sulla copia autentica depositata nell' archivio dal notaio o da altro pubblico uffiziale, a cui sia dalla legge imposto tale obbligo (art. 1334).

In questi casi, le parti non possono esigere la presentazione nel luogo del giudizio dell' atto originale, nè della copia depositata nel pubblico archivio, ma possono sempre esigere la collazione della copia coll'originale, e in mancanza di questo colla copia depositata nell' archivio (art. 1335).

In mancanza dell'originale e di una copia depositata in pubblico archivio, le copie autentiche estratte in conformità delle disposizioni dei riferiti articoli 1333 e 1334, fanno tuttavia piena fede, purchè non siano rase nè diano luogo in alcun modo a sospetti (art. 1336). Chè anzi possono anche servire d'originale, affine di estrarre altre copie, qualora si trovino in un pubblico registro, od anche in mano di privati, se d' ordine del giudice, citati gli aventi interesse o di consenso dei medesimi, vengano depositate nell'archivio a ciò destinato (art. 1337).

Le copie che in mancanza dell'originale o di copia depositata in pubblico archivio, fossero state estratte da pubblici uffiziali a ciò non autorizzati, possono servire di principio di prova ove siano fatte da più di trent' anni: se sono più recenti, possono secondo le circostanze essere tenute come semplici indizi (art. 1338).

Le copie che si trovassero solo trascritte sui pubblici registri, non possono servire che di principio di prova per iscritto (art. 1339).

---

[1] Giusta la teoria romana, le copie dei titoli non avevano in generale alcuna forza probante, esistesse o no il titolo originale (Vedi Leg. 2, D. de fide instr. XXII, 4; Leg. 7 in fine, C. de edendo, II, 1). Tuttavia se erano estratte in presenza delle parti interessate, e l'originale fosse perito, tenevano luogo di questo e formavano quasi un nuovo titolo (Van Wetter, II, 403, pag. 528-529 che cita Bayer, Civil process.).

154. L'atto di ricognizione o di rinnovazione è quello con cui una persona, riconoscendo a vantaggio di un'altra l'esistenza di diritti reali o personali già constatati da un titolo anteriore, manifesta l'intenzione che essa per l'avvenire, come per lo passato, tollererà l'esercizio di quei diritti e adempirà le sue obbligazioni. [1]

L'atto di ricognizione e rinnovazione fa fede contro il debitore, i suoi eredi ed aventi causa; salvochè questi coll'esibizione del documento primitivo dimostrino che vi è stato errore o eccesso nella ricognizione; perciocchè in questo caso eccezionale, l'atto di ricognizione non fa prova nella parte in cui vi è stato errore o eccesso, giusta la regola: *recognitio nil dat novi;* sibbene nella parte che trovasi identica al documento primitivo (art. 1340). [2] In forza della stessa regola, se coll'esibizione del documento primitivo, il creditore dimostri che le sue ragioni furono ristrette nell'atto di ricognizione, questo non può nuocergli; salvi gli effetti della prescrizione estintiva che avesse ristretto il diritto primitivo. [3]

Se v'abbiano più atti di ricognizione, prevale fra essi il posteriore di data (art. 1240 alinea).

Infine semplici menzioni accidentali di un titolo in un atto susseguente, non hanno nessun valore. [4]

SEZIONE II.

DELLA PROVA TESTIMONIALE

SOMMARIO

155. Per regola generale la prova testimoniale è vietata: ragione e carattere di tale divieto.
156. Applicazione di tal regola per ragion di valore; ossia al caso in cui si tratti di un fatto giuridico il cui valore ecceda lire cinquecento — Che cosa s'intenda per fatto giuridico — Qual valore debba considerarsi per decidere, se sia o non ammissibile la prova testimoniale, trattandosi di convenzione — *Quid*, se la convenzione abbia un

---

[1] C. C. Torino, 23 febbraio 1870, B. XXII, 1, 202.
[2] Consulta Leg. 14, C. de probat.
[3] Toullier, VIII, 489; Duranton, XIII, 262; Marcadé, art. 1337, V.
[4] Consulta Nov. 119, cap. III; Auth. ad Leg. 7, C. de edendo, II, 1.

valore superiore alle cinquecento lire, e il creditore dimandi meno? — *Quid*, se la somma minore delle lire cinquecento sia il residuo di un debito maggiore? — *Quid*, se il creditore riduca la dimanda? — *Quid*, ove si tratti d'interessi o di controversia per un valore minore di lire cinquecento? — Di che cosa debba tenersi conto per determinare il valore dell'oggetto della convenzione — In qual modo si determini il valore dell'obbietto di un fatto; specialmente se questo non consista in denaro.

157. Seguito — Estensione della sopraddetta regola alla ipotesi, in cui la dimanda eccedente le lire cinquecento si componga di più capi distinti — Questa regola è o no soggetta ad eccezione? — Ulteriore estensione di detta regola alla ipotesi che un creditore abbia a promuovere più dimande, non giustificate interamente per iscritto — Se l'obbietto della convenzione sia minore di lire cinquecento, la prova testimoniale è ammissibile, benchè il creditore dimandi somma maggiore.

158. Applicazione della stessa regola per ragion di materia, ossia al caso in cui si trattasse di far prova contro o in aggiunta al contenuto in atti scritti — Estensione e limiti di tale applicazione.

159. Eccezioni alla sopradetta regola: ossia casi d'ammissibilità della prova testimoniale — Primo caso: tale prova è ammissibile quando il valore dell'obbietto in controversia sia minore di lire cinquecento; o si tratti di fatti diversi dai sopraesposti.

160. Seguito — Secondo caso: la prova testimoniale è ammissibile in materia commerciale.

161. Seguito — Terzo caso: la prova testimoniale è ammissibile anche in materia civile, esistendo un principio di prova per iscritto, o mancando la prova scritta per impossibilità di procurarsela in cui siasi trovata la persona che di quella intende di valersi; o per perdita che senza sua colpa n'ha subito.

162. Seguito — Per quali obbietti è ammessa la prova testimoniale mediante un principio di prova per iscritto — Da quali scritti possa risultare cotal principio di prova — Condizioni necessarie per costituire un principio di prova per iscritto.

163. Seguito — Per quali oggetti sia ammissibile la prova testimoniale, nella ipotesi che la persona interessata a valersene non abbia potuto procurarsi una prova scritta, o l'abbia senza sua colpa smarrita — Casi di tale impossibilità — Casi di tal perdita.

155. La legge non ammette la prova testimoniale che in limiti molto ristretti; per ovviare il pericolo della subornazione dei testimoni e l'inconveniente della moltiplicazione, del prolungamento ed inceppamento dei giudizi; tanto che può considerarsi come regola il divieto, come eccezione il permesso della medesima.[1] In base a questo principio la prova testimoniale non è ammissibile che nei casi designati esplicitamente o implicitamente dalla legge.

---

[1] Il diritto romano ammetteva per regola la prova testimoniale in ogni specie di controversia (Leg. 15, C. de fide instr. IV, 21) e anche contro un titolo (Inst. § 12 in fine, de inut. stipul. III, 19; Leg. 18, C. de prob. IV, 19; Nov. 73, cap. III; vedi nondimeno Paulus, V, 15, § 4; Leg. 1, C. de test. IV, 20; Leg. 25 in fine, D. de prob. XXII, 3; Leg. 13 in med. C. de non num. pec. IV, 30); ma anch'esso circondava la prova testimoniale di molte cautele ristrettive per prevenirne gli abusi.

Il divieto di far la prova col mezzo dei testimoni è al tempo stesso d'interesse privato e d'ordine pubblico; per la qual cosa il giudice deve rigettarla d'uffizio, benchè la parte contro cui è diretta, non vi si opponga o vi acconsenta formalmente.[1]

Se la prova testimoniale sia o no ammissibile in una data ipotesi, è questione di diritto, la cui erronea decisione perciò darebbe luogo a ricorso in cassazione. Al contrario se la prova sia concludente o no, è questione di fatto, la cui decisione è rimessa alla prudenza del giudice, contro la quale perciò non si fa luogo a ricorso in cassazione; salvochè sia fondata sopra erroneo apprezzamento delle conseguenze legali del fatto provato coi testimoni. È parimente questione di fatto, se la prova testimoniale data sia convincente o no; attalchè il giudice può decidere in senso contrario all'assunto che si è preteso di provare con cento testimoni; o in senso favorevole a colui che ha addotto un solo testimonio in appoggio della sua dimanda o della sua eccezione.

156. Non è ammessa prova per mezzo di testimoni di qualunque fatto giuridico il cui oggetto abbia un valore eccedente le lire cinquecento (art. 1341). Per fatti giuridici s'intendono tutti i fatti dell'uomo che per natura loro producono l'effetto immediato e necessario di creare o di trasferire, di confermare o di riconoscere, di modificare o di estinguere obbligazioni o diritti; chiamansi giuridici per distinguerli dai fatti puri e semplici, che per natura loro non producono che effetti materiali e non generano diritti ed obbligazioni, se non in quanto e nella misura per cui si collegano a rapporti giuridici; per esempio, il coltivare e il seminare sono fatti puri e semplici, non producenti che effetti materiali; ma compiuti da una persona diversa dal proprietario generano effetti giuridici; quale il diritto in chi li compieva di ripetere dal proprietario del fondo le

[1] Vedi Merlin, Rép. v° Preuve, sect. II, 553, n. 28-33; Toullier, IX, 36-41; Taulier, IV, 531; Aubry e Rau, VI, § 761, pag. 423 testo e nota 4; Marcadé, art. 1348, III; *contro* Duranton, XIII, 308 e 329; Bonnier, n. 115 ed altri.

spese di coltura e di seminagione. [1] Fra i fatti giuridici la legge novera formalmente i depositi volontari (art. 1841).

Questo principio è applicabile non solo nel giudizio civile, ma anche nel giudizio penale; per esempio, il reato di falso giuramento in materia civile, non può provarsi in giudizio penale col mezzo dei testimoni, quando esso cada sopra un subbietto pel quale giusta la legge civile, non sarebbe ammissibile la prova testimoniale (art. e arg. art. 848 Cod. di proc. pen.). [2]

Ove si tratti di convenzione, non deve prendersi in considerazione che il valore del suo oggetto per determinare, se sia o no ammissibile rispetto ad essa, la prova testimoniale. Quindi, se il valore dell'oggetto ecceda le lire cinquecento, la prova testimoniale non si può ammettere, benchè il creditore dimandi meno. [3] Neppure si può ammettere la prova testimoniale sopra la domanda di somma anche minore di lire cinquecento, quando sia dichiarato che tale somma è residuo o parte di un credito maggiore di lire cinquecento e che come tale dovrebbe esser provato per iscritto (art. 1344); [4] salvochè il debitore contemporaneamente o poco appresso avesse promesso di pagare il residuo; o riconosciuto il residuale suo debito; perciocchè si avrebbe allora quasi una nuova convenzione. [5] In forza dello stesso principio, quegli il quale ha fatto una domanda per una somma eccedente le lire cinquecento, non può essere ammesso alla prova testimoniale, ancorchè restringa la sua domanda (art. 1343). Del pari la prova testimoniale non è ammessa sopra

---

[1] Non è riconosciuta nel nostro diritto la regola romana *testis unus, testis nullus*, o *vox unius, vox nullius* (Leg. 9, § 1, C. de test.): che però non era assoluta (Leg. 21, § 1, ad Leg. Corn. de falsis, IX, 22).

[2] C. C. Torino, 7 luglio 1866; 6 maggio 1868, 7 luglio 1870, B. XVIII, 1, 735; XX, 1, 573; XXII, 1, 697.

[3] Toullier, IX, 42-46; Bonnier, 103; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 430 testo e nota 14.

[4] Vedi Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 431, nota 17, sul senso dell'espressione *credito maggiore il quale non è provato per iscritto* che leggesi nell'art. 1344, il quale è la copia dell'articolo 1344 del Codice napoleonico.

[5] Toullier, IX, 46; Duranton, XIII, 321; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 431.

la dimanda per pagamento d'interessi di una somma imprestata, ove questa fosse superiore a lire cinquecento, benchè gl'interessi dimandati non eccedano le cinquecento lire, e non sia richiesto il rimborso del capitale. Da ultimo la prova testimoniale non può esser ammessa nel caso in cui sopra una convenzione il cui valore eccede le lire cinquecento, si agiti una controversia di valore minore; come nel caso in cui ti dimandassi la consegna di un cavallo che pretendo di avere comprato per lire 800 e tu pretenda di avermelo venduto per lire 1000; e perciò la controversia cada sopra lire 200 solamente.

Il valore dell'oggetto della convenzione si determina, avuto riguardo non solamente alla prestazione principale, ma eziandio alle prestazioni accessorie che vi sono state stipulate. Quindi non può ammettersi la prova testimoniale sopra un mutuo di un capitale non eccedente lire cinquecento, se oltre il capitale siano dimandati gl'interessi pattuiti e quello e questi eccedano la detta somma (art. 1342). La stessa decisione deve applicarsi nel caso in cui sia stata pattuita una penale pel caso di ritardo nella esecuzione dell'obbligazione; e la dimanda dell'oggetto di questa e della penale ecceda la somma di lire cinquecento. Al contrario non devono considerarsi i danni dovuti al creditore per colpa o mora, ma non pattuiti anticipatamente in somma determinata. [1]

Ove poi si tratti di fatto, è necessario di considerare le conseguenze giuridiche che intende di dedurne la parte che lo allega, per determinare il valore del suo oggetto e per decidere quindi, se riguardo ad esso possa ammettersi o no la prova testimoniale; dovrà perciò questa escludersi o ammettersi, secondo che quelle conseguenze abbiano o no un valore eccedente le cinquecento lire. Quindi per esempio, un debitore deve essere ammesso a provare col mezzo dei testimoni il pagamento non eccedente però le lire cinquecento, sebbene il suo debito

---

[1] Duranton, XIII, 359; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 435.

intiero sia ben maggiore di questa somma; sempreché non miri che a provare la sua liberazione per la detta somma pagata. Al contrario non sarebbe ammesso a fare la prova con tal mezzo il creditore che volesse valersi di tal pagamento, come di un fatto che ha interrotto la prescrizione del credito maggiore di lire cinquecento, che il debitore pretende siasi compiuta a favor suo.[1] Parimente se il creditore voglia valersi di un fatto che costituendo l'esecuzione di un'obbligazione, ha confermato questa ed estinta perciò l'azione di nullità contro della medesima, non può provarlo col mezzo dei testimoni, se l'oggetto del credito o dell'obbligazione ecceda cinquecento lire. [2] Infine non è ammessa la prova testimoniale rispetto ad un credito superiore di lire cinquecento che si pretende accertato da una liquidazione di conti. [3]

Se l'oggetto del fatto giuridico da provare non consista in una somma di denaro, deve preventivamente valutarsi in danaro dal giudice; a tale effetto potrà giusta il suo criterio, valersi o no dell'opera dei periti; salvo che la legge non gl'imponga di ricorrere ai medesimi. Tale valutazione deve farsi anche nel caso che l'attore l'abbia fatta egli nella sua dimanda per meno di lire cinquecento, ove il convenuto ne contesti la giustezza (arg. art. 1344 e 1345). [4] Sul risultato di tale valutazione si decide, se la prova testimoniale possa o non ammettersi. [5]

157. All'effetto poi d'impedire che il divieto della prova testimoniale sia violato con mezzi indiretti, la legge non l'ammette neppure nel caso in cui la dimanda eccedente le lire cinquecento si componga di più capi distinti, quand' anche i singoli crediti che formano oggetto dei singoli capi della dimanda, provengano da diverse cause e siansi formati in diversi

---

[1] Delvincourt, II, 624; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 433 testo e nota 25; Marcadé, art. 1341, III.

[2] Dott. cit. loc. cit.

[3] C. C. Torino, 20 ottobre 1869, B. XXI, 699.

[4] Vedi Rauter, Cours de procédure civile, § 70; Favard, Rép. v° Preuves, § 1, n. 3; Aubry e Rau, VI, § 762, pag. 435.

[5] Bonnier, n. 209; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 435 e 436 testo e nota 32.

tempi (art. 1345). Questo divieto vale per tutti i capi presi insieme e per ciascuno di essi separatamente; [1] ma non si debbono punto considerare quei capi di domanda i quali possono essere provati eccezionalmente col mezzo di testimoni, [2] o molto più, con documenti in iscritto (art. e arg. art. 1345).

Cessa tal divieto, se i crediti derivassero da diverse persone e si fossero riunite in una sola per successione, donazione o per qualunque altra causa; perocchè non sarebbe giusto che questi fatti legittimissimi rendessero deteriore la condizione del creditore, sia in questa sua personale qualità, sia nella qualità di successore a titolo universale o particolare (art. cit.).

A sanzione di questo divieto ed eziandio, all'effetto d'impedire la moltiplicità dei giudizi, la legge ha prescritto che tutte le domande da qualunque causa procedano, che non sono interamente giustificate per iscritto, devono dal creditore essere proposte nello stesso giudizio, sotto pena di non poter provare per testimoni le domande proposte in giudizi successivi; ossia in altri termini, sotto pena di soggiacere al rigetto delle dimande proposte nei giudizi successivi, le quali non possano provarsi col mezzo di documento per iscritto (art. 1346). È indifferente, almeno in generale, qual sia l'ammontare delle diverse dimande, se cioè sia maggiore o minore di lire cinquecento; [3] se i diritti e i crediti che ne formano l'oggetto, possano o no provarsi eccezionalmente col mezzo dei testimoni, e se, derivando da persone diverse, siansi riuniti in una sola. [4]

Ma la disposizione del citato articolo 1346 non è applicabile, giusta l'opinione comune, ai diritti e crediti inesigibili, [5]

---

[1] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 436.

[2] Vedi Delvincourt, II, 624 e 625; Duranton, XIII, 327; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 437.

[3] Vedi Delvincourt, II, 624 e 625; Duranton, XIII, 327; Bonnier, n. 105; Aubry e Rau, VI, § 762, pag. 438 testo e nota 39; Marcadé, art. 1347, V.

[4] Consulta Delvincourt, II, 625; Duranton, XIII, 327; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 439 testo e nota 43.

[5] Toullier, IX, 50; Duranton, XIII, 327; Bonnier, n. 105; Marcadé, articolo 1346, III; *contro* Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 439 testo e nota 41.

e molto meno è applicabile ai diritti e crediti che si formano dopo promosso il primo giudizio; perciocchè era impossibile al creditore di proporne le dimande.

158. La prova testimoniale non è neppure ammessa contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti; nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente ai medesimi, ancorchè si trattasse di somma o valore minore di lire cinquecento; perciocchè da una parte gli atti scritti riescirebbero altrimenti di un vantaggio ben limitato e mancherebbero quasi di scopo; dall'altra, deve ritenersi che le cose dette prima, contemporaneamente o dopo la redazione dell'atto siano rimaste nello stato di proposizioni o di progetti non accettati definitivamente (art. 1341).[1] Quindi in applicazione del primo principio, non può provarsi mediante testimoni, l'esistenza d'inesattezze o di omissione che per un errore involontario, o per dolo d'una delle parti o di entrambe, o per simulazione architettata fra di loro, potessero mai trovarsi nell'atto scritto. Giusta poi il secondo principio non possono provarsi col mezzo di testimoni, le modificazioni che alcuno pretenda, sieno state apportate alla convenzione risultante da atto scritto.[2] Medesimamente da un sottoscrittore di un biglietto all'ordine, non può provarsi col mezzo di testimoni la simulazione della valuta commerciale espressa nel medesimo.[3]

Per modificazioni che sotto qualsiasi rapporto, si pretendono apportate all'atto scritto e sopra le quali non è ammessa la prova testimoniale, s'intendono tutti i cambiamenti e tutte le addizioni intese ad accrescere o a diminuire, ad estendere o a restringere i diritti e le obbligazioni delle parti risultanti dal fatto giuridico formato con l'atto scritto; tale sarebbe una condizione, mentre nell'atto tali diritti e obbligazioni figurano puri e semplici; tale sarebbe pure l'indicazione del luogo di

---

[1] Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur (Leg. 1, C. de test. IV, 20).

[2] Aubry e Rau, VI, § 763, pag. 441-442.

[3] Napoli, 10 ottobre 1870, B. XXII, 2, 663.

pagamento, mentre l'atto non lo indica o ne indica uno diverso; tale infine sarebbe la stipulazione degl'interessi non convenuti nell'atto scritto. [1]

Ma al contrario la prova testimoniale è ammessa sopra tutti i fatti che non sono in contraddizione con le enunciative dell'atto scritto e non aggiungono nè cambiano nulla al contenuto del medesimo; non ostante che abbiano rapporto più o meno diretto con quelli contenuti nell'atto stesso e possano avere influenza sopra i medesimi; tali sono per esempio, gli atti con cui il creditore rinunzia ai suoi diritti, senza farsi surrogare in altri; i pagamenti e le remissioni di debito, semprechè non eccedano le cinquecento lire. [2]

È parimente ammessa la prova testimoniale per l'interpretazione delle clausole oscure od ambigue di un atto scritto; per determinare la portata e l'estensione del medesimo; o per fissare fra le parti il momento in cui esso fu formato. [3]

159. Al contrario la prova testimoniale deve ammettersi, se l'oggetto della convenzione sia minore di cinquecento lire, quand'anche sia dimandata una somma maggiore; per esempio, se io dimandassi seicento lire come mia parte di guadagno in una società, formata in complesso con un capitale non eccedente cinquecento lire, potrei provare col mezzo di testimoni l'esistenza della società. [4]

Del pari la prova testimoniale è ammissibile, quando si tratti di fatti diversi dai sopraindicati; in specie deve ammettersi in ordine ai fatti che danno azione ad una indennità per se stessi, indipendentemente da qualunque convenzione, sebbene tale indennità possa superare le cinquecento lire. [5] Del pari

---

[1] Vedi Duranton, XIII, 331 e 336; Aubry e Rau, VI, § 763, pag. 443; Marcadé, art. 1341, V.

[2] Vedi Delvincourt, art. II, 623; Duranton, XII, 360 e XIII, 334 e 335; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 444; Marcadé, art. 1341, V e VI.

[3] Consulta Merlin, Rép. v° Preuve, Lect. II, § 2, art. n. 19; Toullier, IX, 224 e 226; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 445; Marcadé, art. 1341, VI.

[4] Bravard, Manuel de droit commercial; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 433.

[5] C. C. Torino, 15 marzo 1866, B. XVIII, 1, 147.

le opere e i miglioramenti che alcuno in seguito di promessa d'affitto abbia fatto in un fondo, sciente e in parte committente il proprietario, possono essere provati col mezzo di testimoni all'intento di conseguire dal proprietario medesimo l'indennità nel caso che non abbia poscia voluto stipulare la locazione. [1] Ma se quegli pretendesse anche il risarcimento dei danni sofferti per la mancata promessa di locazione, non potrebbe allora valersi della prova testimoniale. [2] Finalmente la simulazione e la frode di un atto possono provarsi col mezzo di testimoni; e con questo stesso mezzo può elidersi la eccezione di simulazione e di frode e mantenere efficace il contratto fatto validamente. [3]

160. La regola della inammissibilità della prova testimoniale non è neppure applicabile in materie commerciali, riguardo alle quali la prova testimoniale è regolata dalle leggi del Codice di commercio (art. 1341 alinea). Quindi la prova testimoniale è ammessa: *a)* ove si tratti di materia commerciale il cui valore ecceda le cinquecento lire; *b)* ove si voglia impugnare (sempre in materia commerciale) come infedeli od incomplete le enunciazioni di un atto scritto, o dimostrare che a questo furono realmente apportate delle modificazioni; salve però le restrizioni che il medesimo Codice ha stabilito; per esempio, neppure in materia commerciale, la prova testimoniale è ammessa fra i soci contro od in aggiunta al contenuto dell'atto di società, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto prima, contemporaneamente o posteriormente all'atto, quantunque si trattasse di somma o valore minore di lire cinquecento (articolo 157 Cod. comm.).

161. Le regole sopra stabilite sulla inammissibilità della prova soggiacciono ad eccezione anche in materia civile, tanto se trattasi di oggetto eccedente lire cinquecento, quanto di mutamenti o di modificazioni fatte agli atti scritti.

---

[1] C. C. Torino, 14 marzo 1866, B. XVIII, 1, 147.
[2] C. C. Torino cit.
[3] C. C. Torino, 5 novembre 1867, B. XIX, 1, 667.

Queste eccezioni possono distinguersi in due ordini, in ragione delle cause per cui sono stabilite e che sono:

1° Un principio di prova per iscritto;

2° La mancanza di prova scritta non imputabile alla persona che vuol valersi in sua vece, della prova testimoniale.

Questo secondo ordine di eccezioni si distingue in due, potendo verificarsi la mancanza della prova scritta o per la impossibilità in cui si trovò la persona che vuol valersi della prova testimoniale di procurarsi la prova scritta; o per la perdita del documento che serviva di prova per iscritto, subíta per caso fortuito.

Ma queste eccezioni non si applicano alla disposizione dell'articolo 1346, la quale riguarda dimande che non possono provarsi completamente con prova scritta. [1]

162. Primieramente adunque la prova testimoniale è eccezionalmente ammessa, tanto se trattasi di materia eccedente il valore di cinquecento lire, quanto di mutamenti o modificazioni fatte agli atti scritti, quando vi è un principio di prova per iscritto; in altri termini quando v'è un principio di prova per iscritto, questa può completarsi col mezzo dei testimoni (art. 1347).

Questo principio di prova risulta da qualunque scritto che provenga dalla persona contro la quale si oppone, o da quella che essa rappresenta o dal quale è rappresentato [2] e che renda verosimile il fatto allegato (art. 1347 alinea).

Per costituire adunque il principio di prova per iscritto si richieggono tre condizioni; e in primo luogo uno scritto. Qualunque scritto può servir di elemento a questo principio di prova; è perciò del tutto indifferente la forma e lo scopo del

---

[1] Delvincourt, II, 624 e 625; Duranton, XIII, 327; Bonnier, n. 105; Aubry e Rau, VI, § 762, pag. 438 testo e note 39; Marcadé, art. 1347, VI.

[2] L'articolo 1347 dice soltanto che lo scritto *provenga da colui contro il quale si propone la dimanda, o da quello che egli rappresenta*, come dice il corrispondente articolo 1347 del Codice napoleonico: ma in entrambi la disposizione è incompleta, per non essere generale.

medesimo; quindi il principio di prova per iscritto può risultare dai libri di commercio; dai registri e dalle carte domestiche; dalle lettere dirette a colui che intende valersene o ad un terzo, purchè in questo secondo caso siano tali che possano esibirsi in giudizio. [1] Può risultare ancora dalle dichiarazioni stragiudiziali, e dalle giudiziali tanto se fatte nel giudizio, nel quale la parte intende di valersene, quanto in altro giudizio od anche in altra giurisdizione. Infine può risultare dalle annotazioni fatte a tergo, in margine o in calce ad un atto scritto o in fogli volanti.

Si richiede in secondo luogo che lo scritto provenga dalla persona contro la quale si oppone, o da quello cui essa rappresenta o dal quale è rappresentata. Perchè lo scritto possa considerarsi che provenga da una data persona si richiede: *a)* che essa abbia fatto le disposizioni o le enunciative che contiene, o che almeno le abbia fatte proprie con la sua accettazione espressa o tacita; *b)* che sia constatato o dalla scrittura o dalla firma o dalla autenticità dello scritto che quella persona ne è veramente l'autrice. Di conseguenza, se la persona a cui si oppone lo scritto ne nega il proprio carattere o la propria sottoscrizione, è necessario, in ordine a questa condizione che ne sia fatta la verificazione giudiziale; perchè possa costituire un principio di prova per iscritto. [2] Del resto deve considerarsi come proveniente dalla persona alla quale si oppone, lo scritto che in fatto proviene dal suo autore o dal suo mandatario; quindi, come proveniente dall'autore, lo scritto di una persona defunta può farsi valere, quale principio di prova per iscritto contro i suoi eredi; ciò è vero anche rispetto ad una dichiarazione scritta in un testamento. [3] Del pari lo scritto di un debitore può farsi valere come principio di prova per iscritto contro i suoi creditori che ne esercitano le ragioni in base

---

[1] Quanto alle lettere confidenziali, vedi sopra II, n. 244.

[2] Bonnier, n. 108; Aubry e Rau, VI, § 764, pag. 452; Marcadé, art. 1347, II; Mourlon, II, 1609.

[3] Torino, 17 novembre 1866, B. XVIII, 2, 600.

all'articolo 1235. Come provenienti poi da mandatario, le cedole notificate con atto da procuratore a procuratore possono servire di principio di prova per iscritto, contro le rispettive parti, almeno sino a che non le sconfessino. Finalmente dai libri o registri di un banchiere o di un notaro i quali abbiano agito nella qualità di mandatari, possono desumersi principî di prova per iscritto contro il loro mandante. [1] La questione, se lo scritto provenga o no dalla persona a cui si oppone, è di diritto; perciò può essere portata avanti la Corte di Cassazione. [2]

In terzo ed ultimo luogo lo scritto deve rendere verosimile il fatto allegato: è affatto indifferente la natura della causa per cui lo scritto non può fare prova completa del fatto medesimo ed ha soltanto la virtù di renderlo verosimile. Rispetto al presente obbietto, gli scritti possono ridursi a due categorie: gli uni che contengono il fatto, di cui però non possono fare piena prova per mancanza di qualche condizione che a ciò sarebbe necessaria: gli altri che contengono soltanto delle enunciative che riferendosi al fatto, lo rendono verosimile. Appartengono alla prima categoria gli atti che per incompetenza ed incapacità dell'uffiziale o per difetto di forma non hanno forza di atto pubblico, e per mancanza di sottoscrizione di alcuna delle parti non possono valere come scrittura privata; le copie degli atti pubblici e delle scritture private, contemplate dagli articoli 1338 e 1339; le enunciative estranee alla disposizione (art. 1318 alinea); la scrittura privata con la quale una sola delle parti si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro o a darle altra cosa valutata in quantità, se non sia scritta per intero di mano di chi la sottoscrisse, o non vi sia osservata la formalità del *buono* od *approvato*; i registri e le carte domestiche; le annotazioni poste in calce, in margine o nel dorso di un titolo, quando manchino delle condizioni che dovrebbero avere per

---

[1] Consulta Toullier, IX, 126; Aubry e Rau, VI, § 764, pag. 455; Marcadé, art. 1347, II.

[2] Duranton, XIII, 344; Bonnier, n. 108; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 460.

fare piena prova; infine tutte le scritture private non sottoscritte da alcuna delle parti contro quelle che le hanno sottoscritte. Al contrario non possono noverarsi in tale categoria gli atti incompleti, cioè che contengano disposizioni rimaste imperfette e che perciò non possono considerarsi se non come semplici progetti; tale è per esempio, un atto notarile che una delle parti od ambedue si rifiutano di firmare; perocchè il rifiuto di firmarlo importa la rottura della convenzione che le parti avevano progettato di fare. [1]

Alla seconda categoria debbono riferirsi fra gli atti scritti, le lettere nelle quali si parla di un'anticipazione da farsi da colui che pretende di averla fatta; i biglietti nei quali si è fatta promessa di pagare il prezzo di merci da consegnarsi da quello che pretende di averne fatta la consegna; le recognizioni di debito, senza indicazione della quantità o della causa; le recognizioni stragiudiziali mancanti di alcuna delle condizioni essenziali a costituire una confessione; le confessioni giudiziali, non del fatto ma di circostanze che questo rendono verosimile; le risposte oscure, evasive, o artificiose date alle interrogazioni fatte dal giudice in un interrogatorio o alle parti personalmente comparse. [2]

La questione, se lo scritto renda o no verosimile il fatto allegato è di fatto, quand'anche si tratti di scritto, che la legge dichiara poter formare principio di prova per iscritto. [3]

163. In secondo luogo la prova testimoniale è ammessa, tanto se trattisi di materia eccedente cinquecento lire, quanto di mutamenti o di modificazioni fatte agli atti pubblici, ogniqualvolta non è stato possibile a quello che vuol valersene

---

[1] Vedi intorno a questi vari atti che costituiscono un principio di prova per iscritto, Toullier, IX, 71 e seg.; Duranton, XIII, 343 e seg.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 457 e 458; Bonnier, n. 108 e seg.; Marcadé, art. 1347, III, V.

[2] Consulta, intorno a questa categoria di principî di prova per iscritto. Toullier, IX, 107 e seg.; Duranton, XIII, 346 e seg.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 459; Marcadé, art. 1347, III, V.

[3] Toullier, IX, 133; Duranton e Bonnier, loc. cit.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 460 testo e nota 49; Mourlon, II, 1609.

di procurarsi la prova scritta (art. 1348). È indifferente che la impossibilità sia assoluta e fisica, relativa e morale: questa, come quella, rende ammissibile la prova testimoniale. [1]

Questa impossibilità può verificarsi in innumerevoli casi; e non già solamente in quelli designati dalla legge nell'articolo 1348, 1° 2° 3°; essendo tale designazione dimostrativa e non limitativa. [2]

Giusta la designazione della legge, questa impossibilità può verificarsi:

1° Nelle obbligazioni che nascono dai quasi-contratti (art. 1348 1°). Intorno a questa disposizione eccezionale però è necessario di avvertire che nel quasi-contratto d'indebito, quegli che vuol ripetere l'indebito, non può provare col mezzo di testimoni il pagamento che allega; perocchè poteva procurarsi la prova scritta, esigendo la quietanza da quello al quale pagò, o liberarsi dal carico della prova, facendosi restituire il titolo di credito. [3] Ma se per errore pagò un debito altrui, può contro il vero debitore provare con testimoni la esistenza del medesimo; se in conseguenza del pagamento, abbia distrutto il titolo; altrimenti sarebbe quasi illusorio il diritto di regresso conceduto dall'articolo 1146 a chi pagò per errore il debito altrui; [4]

2° Nelle obbligazioni che nascono dai delitti e dai quasi-delitti (art. 1348 1°). Ma se il delitto presupponga una convenzione o altro fatto lecito, del quale la persona che vuole valersi della prova testimoniale, poteva procurarsi una prova scritta, non potrebbe provare il delitto medesimo col mezzo di testimoni; se non in quanto quella convenzione o quel fatto risulti da prova scritta o possa provarsi col mezzo di testi-

---

[1] Toullier, IX, 139, 200 e 203; Bonnier, n. 110, 112; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 461 testo e nota 3; Marcadé, art. 1348, 1.

[2] Vedi Duranton, XIII, 357 e 358; Bonnier, n. 99; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 461; Marcadé, art. 1348, 1.

[3] Duranton, XIII, 358; Bonnier, n. 99; Aubry e Rau, VI, § 765, pag. 462; Marcadé, art. 1348.

[4] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. cit. testo e nota 6.

moni: quindi per esempio, non potrà provarsi con testimoni il delitto di violazione di deposito volontario o di mandato, se il deposito o il mandato non risulta da prova scritta o non possa provarsi col mezzo di testimoni. [1] Questa regola è applicabile non solo all'azione privata dei danni, ma anche all'azione pubblica; e perciò vi è soggetta non solo la parte lesa, ma il pubblico ministero; [2]

3° Nei depositi necessari fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto o naufragio, ed in quelli fatti dai viaggiatori negli alberghi dove alloggiano, ed ai vetturini che li conducono (art. 1348 2°). [3] Il giudice però gode di ampio potere arbitramentale per ammettere o rigettare la prova testimoniale intorno ai depositi necessari, per ammetterla cioè o rigettarla, secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto (art. 1348 2°). [4] Senza dubbio non è ammissibile per provare il deposito di cartelle del debito pubblico, che un debitor principale pretende di aver fatto presso il suo fideiussore per garantirlo delle conseguenze della sua cauzione; [5]

4° Nelle obbligazioni contratte in caso d'accidenti impreveduti che non permettessero di fare atti per iscritto, come se ad esempio, uno dei viaggiatori sia spogliato sulla via da grassatori; e un altro gli somministri del danaro per proseguire il viaggio; o un soldato in una precipitosa ritirata dia del danaro ad un commilitone che prende diversa via (art. 1348 2°). Fra questi accidenti devono noverarsi in special modo, i fatti di violenza, di errore, di dolo, i quali possono provarsi per testimoni dalla persona che per effetto di essi contrasse una obbligazione della quale vuol fare dichiarare la nullità. Ma non può egualmente provare con testimoni il contratto con

---

[1] Vedi Marcadé, art. 1348, II; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 162.

[2] C. C. Torino, 7 luglio 1866, XVIII, 1, 735.

[3] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 464 testo e nota 15; Marcadé, art. 1348, II, 2.

[4] Consulta Toullier, IX, V, 4 e seg.; Duranton, X, 190 e seg., 333 e seg.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 464, 469; Marcadé, art. 1348, III e IV.

[5] Casale, 28 ottobre 1866, B. XVIII, 2, 561.

cui ha assunto l'obbligazione, e che sia negato dal suo avversario; per esempio, se io pretendessi di averti venduto per effetto del tuo dolo, il mio cavallo del valore di lire 600, non posso provare con testimoni la vendita che tu mi contesti; perciocchè la prova di questa resta subordinata alle leggi di diritto comune; provata però la vendita, potrò provare coi testimoni il dolo. [1] Parimente il fatto della frode o della simulazione può esser provato col mezzo di testimoni dal terzo, a cui arreca danno, ma non dalle parti che lo commisero; perciocchè queste potevano assicurarsi la prova scritta del medesimo. Ma se la simulazione fu fatta in frode della legge, allora anche le parti sono ammesse a provarla col mezzo di testimoni. [2]

In terzo ed ultimo luogo la prova testimoniale è ammessa, tanto su materie eccedenti cinquecento lire, quanto su mutamenti e modificazioni di atti scritti, quando la prova scritta che si era procurata la persona che dimanda di essere ammesso a fare la prova testimoniale, è perita in conseguenza di un caso fortuito (art. 1348). Adunque perchè in questa ipotesi sia ammessa la prova testimoniale, è necessario che la persona la quale suol prevalersene provi: *a)* la preesistenza del documento che le serviva di prova per iscritto; *b)* il caso fortuito; *c)* il perimento del medesimo per effetto di questo. L'ultimo capo di prova peraltro può esser compreso nel secondo, quando cioè il caso fortuito sia di tal natura da rendere probabilissima la perdita del documento; come nel caso d'incendio che abbia distrutto l'abitazione e tutte o quasi tutte le carte che vi si trovavano. [3]

Per identità di ragione, la prova testimoniale deve essere ammessa, quando la persona che la invoca, sia stata privata

---

[1] Dott. cit. loc. cit.

[2] Marcadé, art. 1348, IV.

[3] Consulta Merlin, Rép. v° Preuve, § 7; Toullier, IX, 206 e 212; Bonnier, n. 113; Aubry e Rau, VI, § 765, pag. 470; Marcadé, art. 1348, V; Mourlon, II, 1611.

della prova scritta, con un delitto che non ha potuto prevenire. Essa può provare coi testimoni tanto la esistenza e l'oggetto dell'atto, quanto la perdita ossia la distruzione o il furto del medesimo. Ma se il delitto presuppone un altro fatto giuridico, oltre la esistenza del documento del quale la persona è stata privata, la prova testimoniale non è ammessa riguardo al delitto, se non in quanto sia provato, giusta le regole di diritto comune, l'altro fatto giuridico; così se il documento di un mio credito superiore a lire cinquecento mi sia stato sottratto con frode o estorto con violenza, potrò provare con testimoni la sottrazione o la estorsione, l'esistenza e l'oggetto del medesimo; ma se invece sia stato soppresso a mio danno da colui al quale io lo aveva dato in deposito, non potrò provare con testimoni la soppressione del documento e l'esistenza del credito, se non avrò provato coi mezzi consentiti dalla legge il fatto del deposito. [1]

SEZIONE III.

DELLE PRESUNZIONI

SOMMARIO

164. Che cosa siano le presunzioni — Di quante specie: presunzioni di legge; e presunzioni dell'uomo — Quali siano le presunzioni legali — Sono obbligatorie pel giudice — Non è lecito di estenderle — Da quali atti e fatti desume in generale la legge le presunzioni — Del valore probatorio delle presunzioni legali, secondo che sono assolute, semplici o miste.
165. Seguito — Della presunzione attribuita dalla legge alla cosa giudicata — A quali sentenze tale presunzione sia attribuita — Da quali sentenze e da qual parte della sentenza risulta la cosa giudicata.
166. Seguito — Delle condizioni necessarie a costituire la cosa giudicata — Prima condizione: identità dell'oggetto.
167. Seguito — Seconda condizione: identità della causa.
168. Seguito — Terza condizione: identità delle parti.
169. Quali sono gli effetti della cosa giudicata — Rende certa l'esistenza o l'inesistenza del rapporto giuridico che formò il soggetto della lite — Produce una specie di novazione — Genera l'*actio iudicati* e l'*exceptio rei iudicatae*.
170. Della influenza che le sentenze penali possono avere in giudizio civile.
171. Delle presunzioni dell'uomo — Che cosa sono — Quando possa farsi la prova col mezzo delle presunzioni — Sotto quali condizioni le presunzioni faccian prova — Della parte lasciata all'arbitrio del giudice, riguardo alla prova per presunzioni.

---

[1] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 471; Marcadé, art. 1348, V e VI.

164. Le presunzioni sono le conseguenze che la legge e il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto (art. 1349).

Le presunzioni quindi sono di due specie, cioè presunzioni di legge *(legali)* e presunzioni dell'uomo.

Le presunzioni legali sono quelle che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti (art. 1350).

Le presunzioni legali quindi sono obbligatorie pel giudice, deve cioè ammetterle e tenerle per vere, quantunque sia personalmente convinto del contrario; perciocchè è tenuto ad applicare la legge che le stabilisce e non gli è perciò lecito di seguire il suo contrario convincimento.

Le presunzioni legali, per quanto apparir possano provvide e benefiche, non possono estendersi da atti ad atti, da fatti a fatti, da casi a casi; poichè sono stabilite da leggi speciali che come derogatorie del diritto comune, debbono esser tenute negli stretti limiti da esse fissati a se medesime.

La legge attribuisce la presunzione legale a molti atti e a molti fatti: [1] ricorderò con essa in questo luogo:

1° Gli atti che essa dichiara nulli per la loro qualità, come fatti in frode delle sue disposizioni (art. 1350 1°); quali sono gli atti di ultima volontà o di donazione che si reputano fatti ad un incapace per interposta persona, giusta gli articoli 773 e 1053; qual è pure il caso contemplato dell'articolo 687 del Codice di procedura civile;

2° I casi ne'quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze (articolo 1350 2°); tali sono i casi della proprietà riconosciuta in una persona per effetto della prescrizione; e della comproprietà dei muri, dei fossi e delle siepi riconosciuta nei padroni dei fondi confinanti pel servizio comune che ad essi rendono; tali sono pure i casi di liberazione risultante medesimamente dalla

---

[1] Fra le principali presunzioni già vedute, ricorderò quella della paternità (art. 159); del tempo del concepimento di un bambino (art. 160) e della commorienza (art. 924).

prescrizione, o dalla volontaria restituzione del titolo originale del credito sotto forma privata, fatta dal creditore al debitore, giusta l'articolo 1279.

L'effetto delle presunzioni legali consiste nel dispensare da qualunque prova quello a cui favore essa ha luogo (art. 1352). Ma egli è tenuto a provare i fatti che servono di base alla medesima; a provare cioè che la presunzione esiste a suo favore.[1]

Il valore probatorio delle presunzioni legali non è eguale in tutte; esso differisce secondo che sono *semplici (praesumptiones iuris* o *iuris tantum)*, *assolute (praesumptiones iuris et de iure)*, o *miste*. Semplici si chiamano le presunzioni contro le quali è ammessa la prova in contrario. Senza dichiarazione contraria della legge, ogni presunzione da essa stabilita, deve ritenersi per semplice; porciocchè essa fonda le sue presuzioni sulla considerazione che quanto d'ordinario o di regola avviene, siasi verificato nel caso particolare; ma è ben possibile che tal regola vi sia fallita.[2] La prova in contrario alla presunzione legale può farsi eziandio col mezzo dei testimoni e delle presunzioni dell'uomo, ove siano ammissibili, giusta le regole generali di diritto.[3]

Assolute si chiamano le presunzioni contro le quali non è ammessa prova in contrario. Debbono considerarsi presunzioni assolute quelle sul fondamento delle quali dalla legge si annullano certi atti, o si concede un'eccezione perentoria contro un'azione[4] (art. 1335);[5] tal è in specie la presunzione di frode

---

[1] Aubry e Rau, VI, § 750, pag. 330 testo e nota 4; Marcadé, art. 1352, I; *contro* Toullier, X, 57-59.

[2] Consulta Leg. 24, D. de prob. XXII, 3; Leg. 6, D. de his qui sui vel alien. iur. sant. I, 6.

[3] Marcadé, art. 1352, IV; *contro* Toullier, X, 63.

[4] Il testo dell'articolo 1353 dice, come diceva il Codice napoleonico: *o si nega l'azione in giudizio;* ma nel pensiero del legislatore l'azione si reputa negata, quando è concessa un'eccezione perentoria per respingerla, come è l'eccezione della prescrizione (Consulta Aubry e Rau, VI, § 750, pag. 332 testo e nota 9; Mourlon, II, 1633 2°).

[5] Il medesimo articolo aggiunge: *salvo che la legge abbia riservata la prova in contrario.* Questa limitazione ha in diritto francese un solo caso di

stabilita dall'articolo 687 sopracitato del Codice di procedura civile.[1]

Miste finalmente sono le presunzioni contro le quali la prova in contrario o non è ammessa che in determinati casi o non può farsi che con determinati mezzi; così quanto al primo genere, la presunzione della filiazione legittima dedotta dalla massima, *pater is est quem nuptiae demonstrant*, non può essere distrutta che nei casi degli articoli 162 e 163; e la presunzione di proprietà dei mobili dedotta dal fatto del possesso non può essere combattuta che nei casi di smarrimento o di furto, giusta l'articolo 708. Quanto al secondo genere, la presunzione della comunione dei muri divisori non può essere distrutta che dal titolo, dal segno in contrario e dalla prescrizione.

165. L'autorità della cosa giudicata è la presunzione di verità che la legge attribuisce alla cosa giudicata: *res iudicata pro veritate habetur: ius facit.*[2] La cosa giudicata quindi non può essere rimessa più in questione; altrimenti non avrebbero mai termine i litigi; e sarebbe differita indefinitivamente l'esecuzione dei giudicati, con evidente danno non meno dell'ordine pubblico che degl'interessi privati.[3]

L'espressione: *cosa giudicata* ha tre diversi significati; perciocchè puo indicare, *a)* la sentenza che non può essere impugnata col mezzo ordinario dell'appello; sibbene con mezzi straordinari; *b)* la sentenza che non può essere impugnata neppure coi mezzi straordinari; *c)* la sentenza che può im–

---

applicazione, quello dell'articolo 1283; ma mancando nel nostro diritto disposizione identica o analoga a quella del diritto francese, la stessa limitazione rimane nel nostro diritto, senza applicazione.

[1] C. C. Torino, 22 aprile 1870, B. XXII, 1, 418.

[2] Vedi Leg. 207, D. de reg. iur. L, 17; Leg. 25 in fine, D. de statu hom. I, 5; Leg. 14 princ. D. de appel. XLIX, 1.

[3] Singulis controversiis singulas actiones, unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime si diversa pronunciarentur: parere ergo exceptionem rei iudicatae, frequens est (Leg. 6, D. de except. rei iud. XLIV, 2; vedi pure Leg. 1, D. de re iud. XLII, 1).

pugnarsi anche coi mezzi ordinari, ma che attualmente non è impugnata. [1] In questo luogo però è presa nel primo senso.

La legge attribuisce l'autorità della cosa giudicata alle sentenze pronunziate dall'autorità giudiziaria italiana, in giurisdizione contenziosa; ma al contrario non l'attribuisce alle sentenze pronuziate da autorità straniere; salvo l'articolo 10 delle disposizioni preliminari.

La legge attribuisce pure l'autorità di cosa giudicata alle sentenze degli arbitri rese esecutorie.

La cosa giudicata risulta dalle sentenze che decidono definitivamente la causa o i punti di essa contestati fra le parti: al contrario non risulta dalle sentenze preparatorie, interlocutorie e provvisionali.

La cosa giudicata risulta dalla dispositiva e non dai motivi della sentenza; i quali però possono consultarsi per chiarire il senso oscuro della dispositiva medesima. [2] Si forma poi la cosa giudicata sul soggetto della sentenza; ossia sulle cose che nella dispositiva vi sono formalmente decise, e non su quelle che vi possono essere semplicemente enunciate; così la sentenza che condanna un debitore al pagamento degl'interessi di un capitale del quale enunciava la quantità, non può formare cosa giudicata su tale quantità (art. 1351). [3] Nulla rileva che le materie siano state decise su dimanda principale o su dimanda incidentale; o che siano decise espressamente o implicitamente; semprechè la decisione implicita sia una conseguenza necessaria della decisione espressa; così per esempio, la sentenza che dichiara validi gli atti fatti in esecuzione di un titolo, forma cosa giudicata sulla validità ed efficacia del medesimo. Al contrario la sentenza che respinge l'azione di rivendicazione, perchè l'attore non ha provato il suo diritto di proprietà, [4] non forma cosa giudicata sulla questione, se il convenuto sia proprietario;

---

[1] Consulta Marcadé, art. 1351, I; vedi appresso n. 169.
[2] Vedi Marcadé, art. 1351, II.
[3] Vedi Aubry e Rau, VI, § 769; Marcadé, art. 1351, II.
[4] Vedi Leg. 15 e 30, D. de except. rei iud.

perciò se il medesimo attore divenga in seguito possessore della cosa che fu già oggetto della sua azione di rivendicazione, il convenuto che alla sua volta sperimentasse contro di lui la rivendicazione, non potrà prevalersi di quella sentenza in appoggio della sua dimanda. Ma se invece la rivendicatoria sia stata respinta per avere il convenuto opposto un' eccezione perentoria, esempligrazia, la prescrizione; e per essere stato conseguentemente dichiarato proprietario della cosa controversa; allora può senza dubbio valersi contro l'attore di tale sentenza.

Ma per quanto generali ed assoluti siano i termini della dispositiva della sentenza, la cosa giudicata deve essere ristretta per regola alle materie che formavano oggetto delle conclusioni delle parti, giusta il principio: *in tantum iudicatum, in quantum litigatum.* [1]

166. Per costituire la cosa giudicata si richieggono tre condizioni: *a)* identità di oggetto: *b)* identità di causa: *c)* identità giuridica delle parti (art. 1351). [2]

La prima condizione consiste in ciò che la cosa formante materia della nuova dimanda sia identica a quella che ha formato l'oggetto della sentenza alla quale è attribuita dalla legge l'autorità della cosa giudicata; per modo che ove fosse pronunziata una sentenza conforme alla nuova dimanda, essa contradirebbe l'antica: ciò si verificherebbe quando oggetto della nuova dimanda sia la stessa cosa corporale, o una quantità di oggetti della stessa specie, o lo stesso diritto che formò materia della prima. [3] Quindi la cosa giudicata formatasi a favore o contro di un creditore che dimandava di essere graduato nell'ordine delle ipoteche apertosi per la distribuzione

---

[1] Vedi, su queste diverse proposizioni, Merlin, Rép. e Quest. v° Chose jugée; Toullier, X, 90, 95, 113 e seg., 228 e seg., 437 e 439; Duranton, XIII, 451, e seg., 483, 627 e 628; Aubry e Rau, VI, § 769, pag. 478-481.

[2] Eadem res, eadem causa petendi, eadem conditio personarum (Leg. 12, 13 e 14, D. de except. rei iud. XLIV, 2).

[3] Leg. 12, 13 e 21 princ. D. de except. rei iud. XLIV, 2; C. C. Torino, 26 aprile 1866, B. XVIII, 1, 258.

del prezzo di una parte determinata di un immobile, non può essere invocata da lui o contro di lui in un'altra graduatoria apertasi per la distribuzione del prezzo di un'altra parte del medesimo immobile. Inoltre una sentenza di graduazione non acquista l'autorità di cosa giudicata, se non nelle parti decise *contradicto iudicio*; nelle parti invece nelle quali siasi limitata ad omologare l'accordo delle parti, seguìto senza controversia, essa non è di ostacolo ad una ulteriore indagine o ad una nuova contestazione di lite, intorno alla vera intenzione comune delle parti nello stabilire tale accordo.[1] Medesimamente la sentenza la quale dichiara che la tale persona non è proprietaria esclusiva della tale o tal altra parte di un immobile, non le impedisce di domandare che sia dichiarato spettarle la comproprietà indivisa del medesimo, e viceversa. Del pari la sentenza che dichiara non competere ad una persona una servitù personale o reale sopra un fondo, non le impedisce di esercitare la rivendicazione di questo e viceversa. Così pure la sentenza la quale dichiara che non appartiene ad una persona una servitù, non le impedisce di domandare una servitù diversa, sia essa più ristretta o più ampia dell'altra, quantunque la servitù più ampia contenga virtualmente in una certa misura, la facoltà di fare gli atti che costituirebbero l'esercizio della servitù primamente dimandata; per esempio, se non fosse stata ammessa l'azione con cui io dimandava la servitù di passare a piedi sul fondo tuo, potrei sperimentare l'azione per la servitù di passarvi con bestie da soma, o con vettura. Infine la sentenza con cui è stata respinta la dimanda del pagamento d'interessi di un credito, non costituisce cosa giudicata contro la dimanda del capitale; salvochè su qualche eccezione opposta dal preteso debitore, il credito non sia stato dichiarato inesistente, nullo o estinto.[2]

Ma non è richiesta l'identità perfetta ed assoluta dell'oggetto. Quindi avvi identità d'oggetto, nonostante che questo

---

[1] C. C. Torino, 25 luglio 1866, B. XVIII, 1, 579.

[2] Vedi Leg. 11, § 6, D. de except. rei iud.; Toullier, X, 153 e seg.; Duranton, XIII, 465 e seg.; Aubry e Rau, VI, § 769, pag. 494 e 495; Marcadé, art. 1351, III, V.

abbia ricevuto accrescimenti o subíto diminuzioni, o modificazioni; per esempio se sia stata respinta l'azione di rivendicazione di una casa, di un podere, di un gregge, non potrà essere riproposta la stessa azione, dopochè la casa sia stata ammobiliata o abbellita; il podere sia stato convertito da prato e bosco in terreno seminativo e vitato; e i capi del gregge siansi accresciuti o diminuiti.[1] Del pari deve considerarsi come identico l'obbietto, quando la nuova dimanda abbia per oggetto parti integranti di una cosa o diritti particolari compresi in un diritto più generale, che mancanti di esistenza propria e indipendente non possono separarsene; perocchè *in toto et pars continetur;*[2] per esempio, se sia stata respinta l'azione con cui alcuno pretendeva di rivendicare la piena proprietà di un fondo, non può dimandarne la nuda proprietà o il godimento a titolo di proprietà o l'usufrutto *causale*, sibbene l'usufrutto *formale.*[3] Medesimamente deve reputarsi che i frutti civili e naturali e in generale, i prodotti di una cosa corporale od incorporale formano una cosa sola con questa; attalchè la sentenza che ha rigettato la domanda del pagamento di quella cosa, osta come cosa giudicata, alla dimanda del pagamento dei frutti della medesima.[4] Infine la totalità si deve considerare, come virtualmente compresa nella dimanda di una parte; talchè la sentenza che respinge questa, impedisce di domandare la totalità, quantunque dedottane la parte.[5]

---

[1] Vedi Leg. 14 princ. e Leg. 21, § 1, D. de exc. rei iud.; Toullier, X, 145; Duranton, XIII, 462; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 495; Marcadé, art. 1351, III.

[2] Leg. 113, D. de reg. iur.; Leg. 7 princ. de exc. rei iud. ; Toullier, X, 147 e seg.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 495 testo e nota 63; *contro* Marcadé, art. 1351, III, V.

[3] Leg. 21, § 3, de exc. rei iud.; Proudhon, De l'usuf. III, 1271; Duranton, XIII, 465; Aubry e Rau, VI, 496.

[4] Leg. 7, § 1; Leg. 23, D. de except. rei iud.; Duranton, XII, 469; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 496.

[5] Leg. 3, de except. rei iud.; Duranton, XIII, 464; Aubry e Rau, VI, § 769, pag. 497 testo e nota 66; Marcadé, art. 1351, III, V; *contro* Toullier, X, 153 e 155; Proudhon, De l'usufruit, III, 1272, 2.

167. La seconda condizione, cioè l'identità della causa, consiste in ciò che la nuova dimanda o la nuova eccezione sia fondata sulla medesima causa, che servì di base alla dimanda o alla eccezione, sulle quali fu pronunziata le sentenza a cui dalla legge è attribuita l'autorità della cosa giudicata.

Per causa s'intende il fatto giuridico il quale generò il diritto che una delle parti contendenti vuole far valere col mezzo dell'azione o della eccezione; per esempio, la causa delle azioni reali è il titolo di acquisto dei diritti di proprietà, di servitù o d'ipoteca. [1] Questa causa deve essere ben distinta dalle circostanze o dai mezzi che possono concorrere a costituirla e a provarne l'esistenza; queste circostanze e questi mezzi, tanto di fatto quanto di diritto, possono essere diversi, e nulladimeno la causa essere la medesima. [2]

In forza di questo principio, debbono considerarsi, come fondate sulla medesima causa due domande, la seconda delle quali voglia sostenersi con nuovo mezzo desunto per esempio, da una legge non invocata a favore della prima, o con la prova di fatti non allegati nella prima. Del pari debbono considerarsi come fondate sulla medesima causa due domande di nullità per difetto di forma, la seconda delle quali voglia sostenersi coll'allegazione di una irregolarità non dedotta nella prima; la stessa decisione è applicabile a due domande di nullità per vizio di consenso, adducendosi nella seconda l'errore, mentre nella prima fu addotto il dolo o la violenza e viceversa; [3] perciocchè altrimenti i giudicati sarebbero sempre provvisori; e i giudizi per un medesimo obbietto potrebbero essere moltiplicati; per esempio, un giudizio di nullità del testamento segreto

---

[1] Questa causa suole chiamarsi *causa prossima dell'azione*, per distinguerla dalla causa remota, di cui nella nota seguente (Vedi Leg. 27, D. de except. rei iudic.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 498 testo e nota 68; Marcadé, art. 1351, VI-IX; Mourlon, II, 1622).

[2] Queste circostanze e questi mezzi sogliono chiamarsi ancora *causa remota* dell'azione.

[3] Vedi, su queste diverse proposizioni, Toullier, X, 166; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 498 e 499; Marcadé, art. 1351, VI-IX.

potrebbe essere rinnovato tante volte, quante sono le formalità richieste per la validità del medesimo.

Al contrario non sono fondate sulla medesima causa due dimande dirette a far dichiarare nulla una convenzione per cause diverse; per esempio, l'una per l'incapacità a contrattare, l'altra per invalidità del consenso o per mancanza di oggetto lecito; o due dimande dirette a far risolvere la vendita, l'una per ritardo nella consegna della cosa venduta, l'altra per la impossibilità della consegna medesima ed altre simili. [1] Del pari, se con una sentenza passata in giudicato sia stato dichiarato a quale delle parti contendenti spetti la proprietà di una certa quantità di terreno, non viola la cosa giudicata una posteriore sentenza che ordini di verificare per mezzo di perizia, se quella nello immettersi in possesso abbia o non ecceduto i limiti fissati dalla prima sentenza. [2] Infine interessa di notare che il riprodurre in un nuovo giudizio un documento che sia stato oggetto di un giudizio anteriore, non è contrario alla cosa giudicata, quando non si proponga, qual titolo innovativo e base della nuova azione, sibbene quale elemento d'interpretazione di altri documenti sui quali la nuova controversia si agita. [3]

Del resto non rileva che la seconda dimanda sia più estesa della prima, sulla quale si è formata la cosa giudicata. Quindi se io avessi sperimentato l'azione di rivendicazione di determinati immobili, come appartenenti ad un'eredità a cui pretendevo di essere chiamato, e la sentenza avesse negato a me la qualità di erede e perciò rigettato la mia azione, non potrei in seguito intentare la petizione di eredità e viceversa. Nemmeno rileva che la seconda dimanda sia promossa per uno scopo o per un interesse diverso da quello della prima; quindi la sentenza che rigetta la dimanda per la diminuzione di prezzo della vendita per causa della evizione parziale del fondo venduto, giusta la

---

[1] Vedi Toullier, X, 165; Aubry e Rau, VI, § 769, pag. 499.

[2] C. C. Torino, 31 dicembre 1866, B. XVIII, 1, 932.

[3] C. C. Torino, 12 luglio 1869, B. XXI, 1, 490.

disposizione dell'articolo 1492, osta a che si dimandi la risoluzione della vendita per la stessa causa. [1]

Ma se ad una persona appartengano sullo stesso oggetto due azioni derivanti da due diverse cause, la sentenza pronunziata sopra una di esse non forma cosa giudicata riguardo all'altra; per esempio, se io abbia dimandato la restituzione di un mio fondo in base di un contratto di locazione, e la mia dimanda sia respinta, posso nondimeno dimandarne nuovamente la restituzione col mezzo dell'azione di rivendicazione. [2] È indifferente che si tratti di azioni personali o di azioni reali; semprechè peraltro l'azione reale primamente sperimentata, sia stata fondata sopra un titolo determinato; perciò la sentenza che ha respinto la mia azione di petizione di eredità *ex testamento,* non m'impedisce di domandarla *ab intestato;* e se la prima azione fondai sopra un testamento, posso riproporla in base di altro testamento anteriore o posteriore a quello. [3] Identiche decisioni debbono applicarsi alle eccezioni, con cui si vogliono far valere diritti reali; quindi per esempio, se io contro la dimanda di divisione abbia opposto la prescrizione, mediante cui pretendo di avere acquistato la proprietà esclusiva dei beni, e la mia eccezione venga respinta; potrò opporre contro la stessa dimanda un altro titolo di acquisto della proprietà, mediante il quale sia divenuta esclusivamente mia. [4]

168. Da ultimo una sentenza non ha l'autorità di cosa giudicata che riguardo alle parti che sono giuridicamente le stesse che quelle fra le quali è stata resa. Essa quindi non può giovare,

---

[1] Vedi Leg. 3, 5, 7, 8, § 4; Leg. 11, § 4; Leg. 18, D. de exc. rei iud.; Leg. 43, § 1, D. de reg. iur.; Toullier, X, 163; Proudhon, De l'usufruit, III, 1276; Duranton, XIII, 480 e seg.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 501.

[2] Vedi Leg. 60, D. de ab. et act.; Leg. 130, D. de reg. iuris; Toullier, X, 171 e seg.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 502.

[3] Vedi Leg. 11, § 2 e Leg. 11, § 2, D. de except. rei iud.; Toullier, X, 159; Proudhon, De l'usufr. III, 1274; Duranton, VIII, 472; Bonnier, n. 687; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 502-503 testo e nota 87.

[4] Aubry e Rau, VI, § 769, pag. 503.

nè pregiudicare ai terzi, [1] siccome per regola i contratti non pregiudicano, nè giovano ai terzi (art. 1130). [2] Adunque una sentenza pronunciata a favore o contro di alcuni coeredi o comproprietari su di un diritto divisibile, non ha l'autorità di cosa giudicata riguardo agli altri che non hanno avuto parte nella dimanda, e ai quali di conseguenza non può nè giovare nè nuocere. Del pari una sentenza pronunziata contro o a favore di uno dei creditori o dei debitori di un'obbligazione semplicemente congiunta e divisibile non ha l'autorità di cosa giudicata contro o a favore degli altri. Da ultimo i terzi acquirenti non vengono pregiudicati dalla sentenza, che senza il loro intervento abbia annullato il titolo del loro venditore. [3]

Perchè vi sia identità giuridica delle parti si richieggono due condizioni; cioè:

1° Che le parti siano le stesse, cioè che nella seconda domanda figurino le medesime parti, che nella prima decisa dalla sentenza passata in autorità di cosa giudicata;

2° Che queste parti abbiano le stesse qualità, cioè che la seconda domanda sia proposta da esse o contro di esse nelle medesime qualità, colle quali figurarono nella prima (art. 1351).

Per quanto concerne il primo requisito, v'ha identità giuridica delle parti tanto se abbiano figurato personalmente nella dimanda, quanto se vi siano state rappresentate.

Fra le parti che si hanno per rappresentate nella domanda, debbono noverarsi in primo luogo, gli eredi e successori universali; perciocchè questi si reputano rappresentati nelle sentenze rese in favore o contro del loro autore; è indifferente che abbiano accettato l'eredità puramente e semplicemente o col benefizio dell'inventario; salvo l'effetto di questo di limitare

---

[1] Res inter alios iudicata, neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare (Leg. 2, C. quibus res iud. non nocet; Leg. 63, D. de rei iud.; Leg. 14, D. de exc. rei iud.).

[2] Eadem enim debet esse ratio iudiciorum in quibus videmur quasi contrahere, ac conventionum.

[3] Torino, 15 dicembre 1866, XVIII, 2, 668.

l'obbligazione dell'erede di eseguire le medesime sentenze sino alle forze della eredità. [1]

In secondo luogo i successori a titolo particolare, si reputano rappresentati nelle sentenze pronunciate a favore o contro del loro autore; ove i loro titoli di acquisto siano posteriori alla introduzione delle azioni contro di lui, o siano divenuti efficaci in riguardo ai terzi dopo la medesima. Quindi una sentenza che ha ammessa l'azione di rivendicazione di un immobile contro una persona, ha l'autorità di cosa giudicata contro colui al quale questa persona vendè o donò lo stesso immobile, se l'atto di vendita o di donazione non fu trascritto che dopo intentata quell'azione. Medesimamente la sentenza che dichiarò inesistente o estinto un credito, ha l'autorità di cosa giudicata contro il cessionario del medesimo, se la cessione non era stata notificata o accettata nel momento in cui fu promossa la domanda, sulla quale fu poi pronunziata la sentenza. [2]

In terzo luogo i creditori chirografari si hanno per rappresentati dal loro debitore in tutte le sentenze rese fra questo e terze persone sopra diritti e obbligazioni concernenti il patrimonio di lui; benchè i titoli del loro credito abbiano data certa anteriore all'introduzione delle azioni, su cui le sentenze sono state pronunziate. Perciò una sentenza la quale dichiarasse che compete ad alcuno un diritto reale di servitù sopra uno dei fondi del debitore ha l'autorità di cosa giudicata contro i creditori chirografari. Ma la sentenza che avesse attribuito ad uno dei creditori un previlegio sopra i beni del debitore comune non ha l'autorità di cosa giudicata contro gli altri. [3]

---

[1] Vedi Duranton, XIII, 502; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 482; Marcadé, art. 1351, XI; Mourlon, II, 830.

[2] Consulta Leg. 11, § 3, 9 e 10; Leg. 28 e 29, § 1, D. de except. rei iud. XLIV, 2; Leg. 3. § 1, D. de pign. XX, 1; Leg. 4, C. de litig. VIII, 37; Duranton, XIII, 566 e seg.; Bonnier, n. 694; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 483; Marcadé, art. 1351, XI; Mourlon, II, 1625.

[3] Consulta Bonnier, n. 698; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 484; Marcadé, n. 1351, XII; Mourlon, II, 1627.

Quanto ai creditori ipotecari, essi non possono considerarsi rappresentati dal loro debitore nelle domande concernenti gl'immobili ipotecati, ove siano state promosse dopo che i loro diritti divennero efficaci riguardo ai terzi; quindi non ha autorità di cosa giudicata contro di essi la sentenza pronunziata sulla domanda di un terzo la quale dichiari che questo terzo ne è proprietario o vi possiede un diritto di servitù.[1]

In quarto luogo quelli che non hanno l'amministrazione dei loro beni, si hanno per rappresentati da coloro ai quali essa è affidata; quindi la sentenza pronunziata contro o a favore di un tutore in tale sua qualità, ha l'autorità di cosa giudicata pel minore, a cui perciò ne' congui casi, nuoce o giova.[2]

In quinto luogo le persone morali si hanno parimente per rappresentate dai rispettivi amministratori dei loro beni, quali sono i sindaci dei comuni o i presidenti o direttori d'istituti, gli amministratori o i gerenti di una società, i sindaci del fallito e simili.

Da ultimo l'erede vero si ha per rappresentato dall'erede apparente a senso dell'articolo 933.

V' hanno poi delle persone le quali si hanno per rappresentate da una delle parti litiganti, se la sentenza migliori la loro condizione; altrimenti no. Perciò tale sentenza ha l'autorità di cosa giudicata a loro favore e possono valersene contro quelli che vi sono stati condannati; al contrario una sentenza sfavorevole non ha autorità di cosa giudicata contro di loro, perciò quelli a favore de' quali è stata pronunziata, non possono opporla alle medesime persone. Fra queste persone si novera il nudo-proprietario, i creditori o i debitori solidari o i cointeressati in un'obbligazione indivisibile, riguardo alle sentenze, di cui fu parte l'usufruttuario, il debitore principale, uno dei

---

[1] Leg. 11, § 10, de exc. rei iud.; Leg. 3, Dec. de pig. Duranton, XIII, 507; Bonnier, n. 695; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 484 testo e nota 28; Marcadé, art. 1351, XII; *contro* Merlin, Quest. v° Opposition (tierce), § 1; Proudhon, De l'usufr. III, 1300-1307.

[2] Marcadé, art. 1351, XI.

creditori o dei debitori solidari o dei cointeressati in una obbligazione indivisibile. Infine vi si noverano coloro che o per il verificarsi di una condizione risolutiva riacquistano la proprietà o per il verificarsi di una condizione sospensiva l'acquistano originariamente, riguardo alla sentenza resa prima del verificarsi delle medesime condizioni e in cui fu parte il proprietario sotto condizione risolutiva o quegli che l'aveva alienata sotto condizione sospensiva. [1]

Al contrario l'autore non si reputa rappresentato dai suoi successori particolari, nè il debitore dai suoi creditori chirografari. [2]

Quanto poi al secondo requisito; cioè che la seconda domanda sia proposta dalle stesse parti o contro di esse nelle medesime qualità nelle quali la prima fu proposta; esso manca allorchè la persona figuri in una dimanda per conto d'altri, e in una seconda per conto proprio; quindi una sentenza della quale sia stata parte una persona nella qualità di rappresentante, per esempio, di tutore, non ha l'autorità di cosa giudicata contro od a favore di essa, quando agisca personalmente. [3] Più ancora, esso può mancare, per differenza di qualità, quantunque una delle due parti agisca nelle due dimande per suo proprio conto e nel suo personale interesse, come quando figuri nella seconda dimanda quale erede di un'altra persona, alla quale non era succeduta nel tempo in cui fu proposta la prima: in tal caso la sentenza pronunziata a favore o contro di lei non impedisce che possa nuovamente agire o essere convenuta a titolo di erede. [4]

---

[1] Consulta su queste diverse proposizioni, Duranton, XIII, 509-528; Bonnier, n. 700 e seg.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 487-491 testo e note 39-45; Marcadé, art. 1351, XIII; Mourlon, II, 1628-1636.

[2] Leg. 9, § 2, D. de exc. rei. iud.; Toullier, X, 200; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 486.

[3] Consulta C. C. Napoli, 5 giugno 1869, B. XX, 1, 352.

[4] Consulta Leg. 1, C. quib. reb. iud. non noc. VII, 56; Leg. 11, D. de except. rei iud.; Leg. 45, § 1, D. de proc. III, 3; Leg. 3 princ. D. de pop. act. XLVII, 23; Toullier, X, 169 e 214; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 492 e 493 testo e nota 52; Marcadé, art. 1351, X.

Mancando l'identità delle parti, ha luogo il principio: *res inter alios iudicata aliis nec nocet, nec prodest.*

Ma questo principio è soggetto a parecchie eccezioni; perciocchè primieramente se uno dei comproprietari di un fondo abbia esercitato l'azione confessoria, dimandando una servitù prediale a favore di tal fondo, la sentenza avrà effetto contro tutti i comproprietari; perciocchè essendo tale servitù indivisibile, la sentenza l'ha necessariamente ammessa o esclusa tutta intera. [1] Secondariamente la sentenza che riconosca in qualcuno la qualità di erede, ha effetto anche rispetto ai creditori, ai legatari o ai debitori della successione, semprechè sia pronunziata senza collusione, e in seguito a serio litigio; perciocchè i debiti e i legati, per essere pesi necessari della successione, e i crediti per esserne accessori naturali, debbono seguire l'erede medesimo, se vogliasi evitare la più flagrante inconseguenza. [2]

Quanto poi alle cose giudicate, formatesi su questioni di stato, anco esse non hanno in generale effetto che fra le identiche parti che vi hanno figurato (art. e arg. art. 1351 e 402). [3]

---

[1] Leg. 4, § 3-4, D. si serv. vind. VIII, 5.

[2] Consulta Leg. 8, § 1; Leg. 17, § 1 princ. D. de inoff. test. V, 2; Leg. 50, § 1, D. de leg. 1, XXX; Leg. 5, § 1; Leg. 14 princ. D. de appell. XLIX, 1.

[3] Questa decisione è grandemente controversa: perciocchè parecchi valenti interpreti insegnano che la sentenza pronunziata sopra una questione di stato, ha effetto contro tutti, quando concorrano queste tre condizioni: *a)* che la sentenza non sia stata pronunziata in contumacia, ma in contradittorio; *b)* che sia stata pronunziata con un contradittore legittimo, *c)* che non vi sia stata collusione fra le parti intervenute in causa. Ma questa dottrina non solo non è riconosciuta ma neppure si trova indicata in veruna disposizione del nostro diritto; essa quindi non è punto ammissibile, specialmente ove si consideri che essa apporterebbe un'eccezione al principio generale stabilito dall'articolo 1351 e applicato alle sentenze pronunziate su questioni di stato, dall'articolo 402. Sogliono, è vero, invocarsi leggi romane a favore della teoria del *legittimo contradittore;* ma tralasciato che esse sono abrogate, è stato già luminosamente dimostrato che sono state male interpretate; mentre esse invece applicano i principî della cosa giudicata anche alle quistioni di stato, salve due eccezioni, l'una delle quali risguarda appunto l'azione di denegata paternità, e

Tuttavia la sentenza pronunziata sull'azione di denegata paternità, esercitata dal marito della madre che partorì il bambino disconosciuto, fa stato per tutti (art. e arg. art. 166). [1]

169. L'effetto principale della cosa giudicata consiste nel rendere legalmente certa l'esistenza o l'inesistenza del rapporto giuridico, che formò il soggetto della lite: *res iudicata pro veritate habetur.*

Ma questo effetto non si opera sempre egualmente: esso varia, secondo che si tratti di sentenza che possa impugnarsi coi mezzi ordinari dell'appello o dell'opposizione; o di sentenza passata in autorità di cosa giudicata e che non possa impugnarsi che col mezzo straordinario del ricorso in cassazione; e in fine di sentenza che non possa impugnarsi con verun mezzo ordinario o straordinario. L'autorità di cosa giudicata attribuita alla prima classe di sentenze è soltanto provvisoria e viene sospesa dall'appello o dalla opposizione fatta alle medesime. Le sentenze della seconda classe conservano l'autorità di cosa giudicata, nonostante che sia stato fatto il ricorso contro di esse e non la pèrdono, che quando siano

---

riconosciuta anche dal diritto patrio concedendo al solo marito tale azione (Consulta Merlin, Rép. v° Question d'état, § III, art. I, n. 3; Savigny, Traité de droit romain, VI, § 195 e seg. pag. 403 e seg.). D'altra parte la teoria del *legittimo contradittore* apparisce manifestamente erronea, messa in riscontro coi principî che reggono la cosa giudicata, e collo stato delle persone. Invero, la cosa giudicata in tanto si ritiene per la espressione della verità; in quanto quelli riguardo ai quali essa ha effetto, hanno fatto valere i loro diritti, o almeno sono stati rappresentati da quelli che figurarono come parti nella causa. Or niuna legge attribuisce ai pretesi *contradittori legittimi* il potere di rappresentare l'intera famiglia nelle quistioni di stato. D'altra parte ciascun membro di questa ha un proprio diritto individuale, derivante dalla parentela, che non può nè trasmettere nè comunicare agli altri: ciascuno quindi non può agire che nel suo proprio nome, e non ha qualità per rappresentare la famiglia. Suole opporsi contro la data decisione anche la indivisibilità dello stato delle persone; perciocchè se la cosa giudicata, dicono gli avversari, non dovesse valere contro tutti, ne potrebbe nascere l'assurdo che la stessa persona sia ad un tempo, parente legittimo per uno dei membri. Ma deve osservarsi in contrario che la verità risultante da una cosa giudicata, è relativa e non assoluta.

[1] Vedi sopra II, n. 274.

cassate. Infine le sentenze della terza classe hanno un'autorità di cosa giudicata irrefragabile.

L'effetto della cosa giudicata si estende virtualmente alle conseguenze immediate e necessarie del rapporto giuridico la cui esistenza ha reso certa; per esempio, la sentenza che dichiara me proprietario di un fondo, mi attribuisce virtualmente la proprietà delle accessioni e dei frutti del medesimo.

La cosa giudicata produce ancora questi altri effetti:

1° Essa, ove dichiari la esistenza di un credito o di una obbligazione, produce novazione, in questo senso solamente che per l'avvenire la cosa giudicata medesima tiene luogo della causa dell'obbligazione; deve adunque escludersi affatto che tale novazione tenga luogo di pagamento ed estingua l'obbligazione coi suoi accessori; mentre al contrario la conferma e corrobora; [1]

2° La cosa giudicata, che contenga una condanna, genera un'azione speciale, l'*actio iudicati*, avente per oggetto l'esecuzione della condanna medesima. Quest'azione non si prescrive che con trent'anni, sebbene l'obbligazione all'adempimento della quale la parte è stata condannata, fosse soggetta a prescrizione più breve; non considerandosi più quell'obbligazione qual era, ma l'obbligazione avente per causa la cosa giudicata; [2]

3° Infine dalla cosa giudicata nasce la *exceptio rei iudicatae*, con cui una delle parti, fra le quali fu pronunziata, respinge l'altra che volesse rimettere in quistione l'esistenza o l'inesistenza del rapporto giuridico su cui si formò la cosa giudicata. Questa eccezione deve essere proposta dalla parte, e non può essere d'officio rilevata dal giudice. [3]

---

[1] Leg. 4, § 7, D. de rei iud.; Leg. 8 e 29, § 3, D. de novat. XLVI, 2; Leg. 29, § 5, D. mand. XVII, 1; Leg. 13, § 4, D. de pign XX, 1; Leg. 2, § 7 e 8, D. de haered. vel act. vend. XVIII, 4.

[2] Non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem (Leg. 3, § 1, D. de pec. XV, 1).

[3] Merlin, Rép. v° Chose jugée, § 20; Toullier, X, 74 e 75; Aubry e Rau, VI, § 769, pag. 512.

170. Ove si tratti di determinare l'influenza che una sentenza pronunziata in giudizio penale può esercitare in giudizio civile; [1] non deve punto ricercarsi, se v'abbiano i tre requisiti necessari a costituire la cosa giudicata, siccome è stato superiormente esposto; perciocchè essi non possono mai trovarvisi per la natura stessa delle cose. Deve invece ricercarsi sol questo; cioè se la cosa che si pretende giudicata dalla sentenza penale, sia stata veramente giudicata; e che la cosa stessa sia di quelle, soggette alla giurisdizione criminale.

Quindi pel primo capo, se il tribunale criminale abbia giudicato che il fatto a te imputato non esiste, quegli che pretende di averne avuto danno, non può agire in giudizio civile per il risarcimento dei danni, quantunque non abbia avuto parte nel giudizio criminale: la cosa stessa dicasi, se fu dichiarato che il fatto fu commesso: ma non da te, o da te in maniera non imputabile. In senso inverso, se in giudizio criminale tu sia stato riconosciuto autore imputabile di quel fatto e sia convenuto in giudizio civile per il risarcimento de' danni cagionati con quello, non puoi riproporvi la questione della tua inimputabilità. Perciocchè in entrambi i casi la cosa che si vorrebbe far soggetto del giudizio civile, è quella giudicata dal tribunale criminale; e benchè l'azione in giudizio civile non abbia lo stesso oggetto che la prima, e non sia sperimentata dalla stessa persona; ossia benchè non v'abbia identità di oggetto e di persona, tuttavia v'ha cosa giudicata; non potendo il tribunale civile dichiarare inesistente il fatto che il tribunale criminale dichiarò esistente, nè dichiararne reo o innocente quello che il tribunale criminale dichiarò innocente o reo. Al contrario può formare oggetto del giudizio civile la cosa che non sia identica a quella giudicata in giudizio criminale; per esempio, tu dichiarato dai giurati non colpevole di un reato,

---

[1] Il primo giureconsulto che abbia esposto la vera teoria su questa materia è stato Zachariae e dopo esso i suoi sapienti annotatori Aubry e Rau (VI, 504-509). Questa teoria è stata poi riprodotta da Dalloz e da Marcadé (art. 1351, XV). Da essi ho attinto le nozioni che espongo.

puoi essere convenuto in giudizio civile per il risarcimento dei danni cagionati dal fatto tuo, che se non fu reato, può esser bene un delitto o un quasi-delitto civile.

Quanto al secondo capo, che cioè la cosa giudicata dal tribunale criminale sia di quelle soggette alla sua giurisdizione, importa di ricordare che i tribunali criminali hanno la giurisdizione di giudicare, se il fatto imputato all' accusato esiste, se questi ne sia l' autore, e se gli sia imputabile criminalmente, e non già di giudicare se quel fatto costituisca o no un delitto o quasi-delitto civile, e perciò se sia atto o non a generare conseguenze legali di diritto civile; salvo che la persona lesa si costituisca parte civile. Quindi (salvo sempre questa eccezione) se il tribunale criminale giudichi che il fatto di cui l' accusato è autore, non costituisce un reato e che perciò non può dar luogo alla condanna a pena criminale, nè al risarcimento di danni, la persona lesa può domandar questo in giudizio civile; perocchè la sentenza del tribunale criminale deve considerarsi sopra questo secondo punto, come non pronunziata per mancanza di giurisdizione.

171. Le presunzioni di fatto o dell' uomo sono, come si disse, le conseguenze che il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto: esse adunque sono abbandonate all' apprezzamento del giudice (art. 1349).

La prova col mezzo di queste presunzioni non è ammessa che in quei casi nei quali la legge ammette la prova testimoniale (art. 1354); tantochè la sentenza la quale l' ammettesse in altri casi, sarebbe soggetta a cassazione per violazione di legge.[1]

Le presunzioni di fatto fanno prova, ove siano gravi, precise e concordanti (art. 1354). [2] Se tali siano, è questione d'interpretazione, la soluzione della quale è lasciata al prudente arbitrio del giudice; attalchè sotto questo riguardo la sua sen-

---

[1] Merlin, Rép. v° Présumption, § 4, n. 1; Toullier, X, 20 e 21; Aubry e Rau, VI, § 766, pag. 472; Marcadé, art. 1353, 1.

[2] Vedi Leg. 26, D. de prob. et praesumpt. XXII, 3.

tenza non è soggetta a cassazione. [1] Nè il giudice ha l'obbligo di dichiarare nella sentenza che nel caso deciso concorrevano presunzioni gravi, precise e concordanti. [2]

È parimente lasciato al suo prudente arbitrio di valutare il numero delle presunzioni necessarie per costituir prova; per modo che egli può ritenere provata la cosa controversa con una sola presunzione e ritenerla non provata neppure con cento presunzioni; perciocchè le presunzioni si pesano e non si contano. [3]

Resta ad avvertire che, quando si tratta di prova da farsi col mezzo delle presunzioni di fatto, il giudice può attingere gli elementi della sua convinzione all'infuora delle cose allegate e provate in giudizio, contrariamente alla regola posta superiormente. [4]

SEZIONE IV.

DELLA CONFESSIONE DELLE PARTI

SOMMARIO

172. Che cosa sia la confessione — Di quante specie sia; giudiziale e stragiudiziale; semplice, qualificata e complessa — Chi abbia la capacità di fare la confessione.
173. Del valor probatorio della confessione.
174. Della indivisibilità della medesima.
175. Della rivocazione o ritrattazione della confessione.

172. La confessione è la dichiarazione con cui una delle parti riconosce per vero il fatto allegato dall'altra parte, in appoggio della dimanda che propone o dell'eccezione che oppone.

---

[1] C. C. Firenze, 17 giugno 1870, B. XXII, 1, 553.

[2] C. C. Firenze cit.

[3] Duranton, XIII, 532; Bonnier, n. 614; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 472; Marcadé, art. 1353, I; Mourlon, II, 1636. — Non stimo oziosa questa osservazione pratica; che cioè il più delle volte dalle presunzioni di fatto non risulta se non un principio di prova da doversi completare o col giuramento suppletorio o purgatorio o con gli altri mezzi di prova.

[4] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 472-473.

Una dichiarazione di tale specie non costituisce confessione; se non quando sia stata fatta seriamente e coll'intendimento di dispensare dal provare i fatti confessati colui a favore del quale ne fu fatta la confessione, e che vuole valersene. Quindi le dichiarazioni fatte da un testimonio in giudizio civile o criminale non costituiscono confessioni. Nè costituiscono confessioni le dichiarazioni emesse sulle regole di diritto con cui una delle parti crede e pretende che debba essere decisa la causa; come se per esempio, una delle parti dichiarasse che il rapporto giuridico in controversia, debba essere deciso con la legge straniera e non colla nazionale. Nè infine costituisce confessione il non denegare una delle parti i fatti articolati dall' altra; salvo che legalmente interpellata, abbia omesso o siasi rifiutata di far dichiarazione sui medesimi. [1]

La confessione è giudiziale o stragiudiziale (art. 1355).

La confessione giudiziale è la dichiarazione che la parte o il suo procuratore fa dinanzi ad un giudice, ancorchè incompetente (art. 1350). Il procuratore deve essere munito di un mandato speciale; [2] perciò neppure il mandato a promuovere una lite nell'interesse del mandante o a difenderlo da una lite contro esso promossa, basta a rendere efficace la confessione del procuratore contro il mandante; [3] cosicchè questi può rivocarla, senza l'obbligo di provare che ebbe luogo per errore di fatto; [4] e più in generale, tutto ciò che in giudizio afferma od ammette un difensore, non costituisce confessione giudiziale.[5]

La dichiarazione deve esser fatta o nell'udienza, o nella risposta ad interrogatorii o in un atto regolare di procedura.

---

[1] Vedi, su queste proposizioni, Toullier, X, 299; Rauter, Cours de proc. civ. § 221; Toullier, X, 299; Aubry e Rau, VI, § 751, pag. 334; Marcadé, art. 1356, II.

[2] C. C. Torino, 9 maggio 1866, B. XVIII, 1, 312.

[3] C. C. Torino, 6 giugno 1866, B. XVIII, 1, 455.

[4] C. C. Torino cit.; vedi appresso n. 175.

[5] C. C. Firenze, 15 dicembre 1870, B. XXII, 1, 964.

La confessione stragiudiziale poi è quella che si fa fuori di giudizio (art. 1357). Ove dopo fatta, venga negata, è necessario di darne la prova coi mezzi ordinari.

La confessione si distingue in semplice, in qualificata e in complessa. Chiamasi semplice la confessione con cui una delle parti riconosce puramente e semplicemente, ossia senza modificazioni o addizioni, il fatto allegato dall'altra parte in appoggio della sua dimanda o della sua eccezione. È qualificata la confessione con cui una delle parti riconosce il fatto allegato dall'altra ma al tempo stesso dichiara che l'essenza o la natura giuridica di questo fatto ha subíto delle modificazioni. Finalmente la confessione è complessa quando quegli che la fa, riconosce semplicemente il fatto allegato; ma al tempo stesso adduce un altro fatto da cui risulterebbe un'eccezione a favor suo.

La confessione non può esser fatta validamente che dalle persone capaci di obbligarsi; perocchè essa, quantunque non generi per se stessa alcuna obbligazione, tuttavia rende peggiore la condizione di chi la fa; rinunziando alla sua vantaggiosa posizione di convenuto riguardo al fatto confessato; e assoggettandosi alla necessità di provare la falsità del fatto, quando voglia sottrarsi alle conseguenze giuridiche della sua confessione. Adunque ad un minore, ad un interdetto non può essere opposta la sua confessione; nè alla donna maritata non autorizzata, può opporsi la confessione che abbia emesso sopra atti che non può validamente fare senza l'autorizzazione; ma autorizzata a stare in giudizio, si ha ancora per autorizzata a farvi confessione. Medesimamente la confessione fatta da tutori ed amministratori, non pregiudica agli amministrati; se non quando sia fatta ne'casi e modi per cui esse possono obbligare gli amministratori medesimi (art. 1361 alinea).

173. La confessione giudiziale fa piena prova contro colui che l'ha fatta; perciò l'altra parte non è tenuta a provare la cosa confessata, e il giudice non può non ritenerla per vera (art. 1356 alinea). [1] Ma ciò non vieta a quest'ultima di provare

---

[1] Nella procedura classica di Roma, la confessione giudiziaria produceva effetti ancor più gravi e decisivi, se aveva avuto luogo avanti il magistrato

con altri titoli indipendenti dalla confessione giudiziale, il suo diritto; specialmente per evitare la controversia, se la confessione nel modo, con cui è stata emessa, faccia stato, e se possa o no scindersi. [1]

Ma questa regola è soggetta ad eccezione nei tre seguenti casi; cioè:

1° Quando la confessione produrrebbe la perdita o la decadenza di un diritto, al quale quegli che confessò, non può rinunziare e sul quale non può transigere; [2]

2° Quando la confessione abbia avuto per oggetto un fatto di cui la legge proibisce il riconoscimento, come la paternità o la maternità incestuosa o adulterina; [3] salvo l'effetto della disposizione dell'articolo 193 3°; [4]

3° Quando la confessione per motivi particolari e specialmente per l'interesse dei terzi fosse dalla legge dichiarata inefficace. [5]

La confessione fatta in un giudizio vale a far piena prova in un altro giudizio, essendo generale ed assoluta la disposizione di legge. Farebbe poi piena prova come confessione stra-

---

(*in iure*); perciocchè equivaleva allora ad una condanna; attalchè questa non doveva esser pronunziata, e l'esecuzione poteva tantosto aver luogo: questa regola è enunciata nelle parole: *in iure* confessus pro iudicato habetur. Ma siccome l'esecuzione supponeva essenzialmente una somma di denaro, così tutte le volte che la confessione era fatta sopra un'altra cosa, era necessario di rinviare le parti avanti un giudice per far liquidare la condanna: quest'azione si chiamava confessoria o interrogatoria, secondochè la confessione era fatta dal convenuto spontaneamente o in seguito di una quistione propostagli dall'attore. Ma sotto Giustiniano questo sistema disparve colla distinzione del *ius et iudicium* (Consulta Mainz, Cours de droit rom. I, § 154; Van Wetter, II, § 403, pag. 531).

[1] C. C. Napoli, 16 gennaio 1868, B. XX, 1, 39.

[2] Aubry e Rau, VI, § 751, pag. 339 e 340; Marcadé, art. 1356, II; Mourlon, II, 1640.

[3] Bonnier, n. 247; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 340; Marcadé e Mourlon, loc. cit.

[4] Aubry e Rau, Marcadé e Mourlon, loc. cit.

[5] Dott. cit. loc. cit.

giudiziale, ove quella fosse stata fatta, presente la parte o il suo procuratore. [1]

Anche la confessione stragiudiziale forma una piena prova, se è fatta alla parte o a chi la rappresenta; ma se è fatta ad un terzo, non può somministrare che un semplice indizio (art. 1358). Se però la confessione stragiudiziale fatta ad un terzo sia accompagnata da circostanze atte ad attribuirgli il valore di una prova, il giudice può apprezzarla come tale. [2]

174. La confessione tanto giudiziale, quanto stragiudiziale non può essere divisa in danno di chi l'ha fatta (art. 1360). Adunque, se la confessione sia qualificata, non può quegli che intende di valersene, accettarne la parte che lo favorisce e ricusarne la contraria; per esempio, se tu citato a pagare un debito, confessi che veramente lo contraesti, ma al tempo stesso dichiari che sul capitale pagatoti è stato costituito un vitalizio, pel quale ti riconosci obbligato; l'attore non può opporti la sola prima parte della confessione del debito, quasi non avessi fatta la seconda dichiarazione.

---

[1] È controverso fra gl' interpreti del diritto francese, se la confessione fatta in un giudizio valga eziandio, come tale, in un altro giudizio. Merlin (Quest. v° Confession, § 1), Rauter (Cours de proc. civ.), Aubry e Rau (VI, 355 testo e nota 7) sostengono la negativa, ma ammettono al tempo stesso che essa produca sempre gli effetti di una confessione stragiudiziale. Marcadé (art. 1356, II) al contrario sostiene l'affermativa. Siffatta controversia in diritto francese ha grande importanza, perchè il valore probatorio delle confessioni giudiziale e stragiudiziale non è lo stesso, mentre per la ragione contraria è senza interesse per noi nell' ipotesi che sia stata fatta, presente la parte o il suo rappresentante. Vedi in questo senso C. C. Firenze, 8 aprile 1869, A. III, 1, 288. « Attesochè a buon diritto (quivi è detto) il ricorso dice violato col primo dei suddetti motivi l'articolo 1356 del Codice civile, che attribuendo alla confessione giudiziale la dignità di prova piena non distingue se sia stata fatta nello stesso giudizio, o in un giudizio diverso. Oltredichè siccome a quello in cui il Tosi confessò di essere obbligato era presente anco il Magni, e la confessione fu fatta a lui rispondendo alla sua domanda di rilevarlo, sarebbe assurdo che non facesse piena prova se si considera che per l'articolo 1358 ha questa virtù anco la confessione stragiudiziale, che sia stata fatta alla parte o al suo rappresentante. »

[2] Relazione Pisanelli, pag. 53.

Parimente se la confessione sia complessa, colui che la invoca, non può scinderla per valersene solamente in quanto gli è favorevole; semprechè però la dichiarazione accessoria che contiene, sia collegata direttamente col fatto principale; altrimenti la confessione è divisibile; per esempio, quegli che confessa di aver ricevuto una merce od una somma, ed aggiunge di aver soddisfatto al suo debito, indicando i particolari del pagamento, proferisce una confessione inscindibile ed è perciò in diritto di ottenere la sua assoluzione, fino a che l'attore non somministri altra prova per giustificare la sua dimanda; [1] ma al contrario è divisibile l'atto della confessione del debito e della dichiarazione che è stato compensato con un tuo credito. [2]

Ma il principio della indivisibilità della confessione non impedisce a colui che vuole valersene di combatterne le dichiarazioni accessorie che ne fanno parte, sia col mezzo di una presunzione legale, sia con una prova in contrario. Questa prova in contrario può farsi eziandio col mezzo di testimoni e delle presunzioni di fatto, purchè con questo mezzo possa provarsi il fatto principale. [3]

Ove poi siano state fatte più confessioni sopra oggetti distinti; può colui verso del quale furono fatte, valersi di una di esse; senza che gli si possano opporre le altre; essendo affatto estraneo a questa ipotesi il principio della indivisibilità della confessione.

175. La confessione tanto giudiziale, quanto stragiudiziale non può per regola, rivocarsi o ritrattarsi da chi l'ha fatta; non essendo conforme a ragione che egli possa col fatto suo distruggere la prova che esso medesimo ha formato a vantaggio

---

[1] C. C. Torino, 8 luglio 1870, B. XXII, 1, 608.

[2] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 338 testo e nota 17; Marcadé, art. 1356, II; Mourlon, II, 1643.

[3] Consulta Merlin, Quest. v° Confession, § 2, n. 2; Delvincourt, II, 629; Toullier, V, 339; Duranton, XIII, 555; Bonnier, n. 250; Aubry e Rau, VI, § 751, pag. 340 e 341 testo e note 23-25; Marcadé, art. 1356, II; Mourlon, II, 1642.

dell' altra parte. E ciò è vero, quantunque questa non abbia accettato la confessione; perchè la efficacia di questa è affatto indipendente dall' accettazione della parte medesima (art. 1360 alinea 2°). [1]

Questa regola è soggetta ad eccezione pel caso che la confessione sia stata fatta per errore di fatto. Questo errore deve essere provato da colui che vuol rivocare la confessione (art. 1360 alinea 1°). L' errore di diritto non dà luogo a revoca della confessione (art. 1386 alinea ult.).

SEZIONE V.

DEL GIURAMENTO [2]

SOMMARIO

176. Che cosa sia il giuramento — È necessaria o no la invocazione della divinità? — In qual rito e forma deve esser prestato? — Deve prestarsi personalmente — Specie di giuramento: giudiziale e stragiudiziale: promissorio e affermativo: decisorio, suppletorio, estimatorio.

177. Che cosa sia il giuramento decisorio: deve assimilarsi ad una transazione — Da chi e a chi possa deferirsi il giuramento decisorio — Capacità necessaria per deferire e prestare il giuramento.

178. In quali specie di controversie, sopra quali fatti, e in quale stato di causa possa deferirsi il giuramento decisorio — È necessario o no che il deferente abbia somministrato un principio di prova della sua domanda o della sua eccezione?

179. Obbligo che incombe alla persona a cui è stato deferito il giuramento decisorio, di prestarlo — Mezzo che ha, di sottrarsi a tale obbligo, riferendo all' altra parte il giuramento — Obbligo di questa di prestarlo — Dispensa dal prestare il giuramento deferito o riferito — Rivocazione del medesimo.

---

[1] Vedi Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 343 e 344 testo e note 29-32; Marcadé, articolo 1356, II.

[2] La Relazione Pisanelli (III, 53) pone in rilievo, che è un punto che dà luogo a serie contestazioni, se questo genere di prova debba o non ammettersi; ma osserva che quando si togliesse dalle categorie delle prove il giuramento della parte, sembra che non sarebbevi più ragione di mantenerlo per il testimonio. Ma qual sarebbe allora il valor morale della prova testimoniale? Nello stato odierno della società il giuramento conserva ancora una grande importanza; l' opinione pubblica colpisce d' infamia chi giura il falso, non così chi si limita a semplicemente allegarlo. Nel Codice fu quindi reputato opportuno di mantenere questo genere di prova che trovasi ammesso da tutti i Codici.

176. Il giuramento è un'affermazione solenne della verità: l'invocazione di Dio come testimonio della verità medesima, e vindice dello spergiuro non è di essenza.

Il giuramento deve essere prestato nel rito e nella forma prescritti dalla legge (art. 226, 242, 259 Cod. di proc. civ. e art. 290 Cod. di proc. pen.).

Il giuramento deve sempre prestarsi personalmente, e non può essere prestato per mezzo di procuratore (art. 1362).

Il giuramento è *giudiziale* o *stragiudiziale;* secondo che è prestato in giudizio o fuori. Fra gli altri, è stragiudiziale il giuramento che si presta dai pubblici uffiziali.

Il giuramento sia giudiziale, sia stragiudiziale è *promissorio* e *affermativo;* secondo che è prestato per assicurare l'adempimento di una promessa o per garantire la sincerità di un'asserzione. Promissorio è fra gli altri, il giuramento che si presta da un testimonio di dire la verità.

Il giuramento giudiziale affermativo è *decisorio, suppletorio* e *purgatorio* [1] ed *estimatorio.* Chiamasi decisorio il giuramento che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della controversia; suppletorio e purgatorio, secondo casi, [2] quello che dal giudice viene deferito d'uffizio all'una o

---

[1] [2] Vedi appresso n. 182.

all'altra parte sul fatto allegato per fondamento della domanda o dell'eccezione; ed estimatorio quello dal giudice deferito, parimente d'uffizio, all'attore per determinare il valore della cosa litigiosa. [1]

177. Il giuramento decisorio deve assimilarsi ad una transazione che si stipula dalle parti contendenti; inquantochè la parte che lo deferisce o riferisce, rinunzia alla sua domanda o alla sua eccezione, sotto la condizione che l'altra presti il giuramento; ritenendola in questo caso per mal fondata. [2]

Ogni persona che attrice o convenuta ha il carico della prova, può liberarsene; deferendo al suo avversario il giuramento sul fatto da essa allegato per fondamento della sua domanda o della sua eccezione.

Il deferire il giuramento è facoltativo per la parte ma non per il giudice; il quale perciò è obbligato di ammetterlo, ove sia validamente deferito. Ma può rifiutarsi di ammetterlo, esprimendo nella sentenza il motivo del rifiuto, quando gli consti che è deferito per spirito di vessazione; perocchè *malitiis haud indulgendum*. [3]

Il giuramento non può essere deferito che da una delle parti all'altra, e non ad un terzo che nel giudizio non figuri, come parte; quindi esempligrazia, non può essere deferito al marito, che abbia autorizzata la moglie a stare in giudizio. [4]

Il giuramento non può essere deferito che alla persona che è parte nel giudizio e non già a chi ve la rappresenti; quindi non può deferirsi il giuramento ad un tutore che sta in giudizio pel minore. Se però l'oggetto del giudizio sia un fatto personale del rappresentante, per esempio, un pagamento fattogli senza quietanza, e questi sia chiamato in giudizio non

---

[1] Consulta Dig. Tit. de iureiurando, XII, 2, e Tit. de in litem iurando, XII, 3; consulta pure Torino, 29 luglio 1867, B. XIX, 2, 458.

[2] Leg. 2, D. De iureiur.; Leg. 1 princ. D. quar. rer. actio non dat. XLIV, 5.

[3] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 348; Marcadé, art. 1358-1360, I.

[4] Bonnier, n. 302; Aubry e Rau, VI, § 753, pag. 354 testo e note 23 e 24; Boncenne, Théor. de la procéd. II, 494; Marcadé, art. 1358-1360, II.

solo nelle qualità di rappresentante, ma eziandio in nome proprio, il giuramento può essere deferito a lui e la prestazione che ne faccia, produce a suo riguardo gli effetti di una transazione. Ma il suo rifiuto di prestarlo, non nuoce alla persona rappresentata.

Per poter deferire e prestare il giuramento occorre la capacità richiesta per transigere sull'oggetto che forma materia del giudizio; perciò fra gli altri, il tutore non può deferire il giuramento che con l'autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale, giusta la disposizione dell'articolo 301.[1]

178. Il giuramento decisorio può essere deferito in qualunque specie di controversia civile (art. 1364). È necessario però che la controversia sia suscettiva di transazione (art. e arg. art. cit.). Quindi esempligrazia, in un giudizio di separazione personale dei coniugi non può deferirsi il giuramento sui fatti allegati in appoggio della dimanda; nè in un giudizio di reclamo o di contestazione di stato, può deferirsi il giuramento sui fatti della filiazione legittima.[2] Medesimamente non può deferirsi il giuramento sopra un fatto delittuoso; anco perchè non è lecito e morale di porre una persona nella dura condizione o di confessare la propria turpitudine o di spergiurare (art. 1364 alinea).

Inoltre non può deferirsi giuramento sopra una convenzione per la cui validità la legge esiga un atto scritto; altrimenti sarebbe illusoria la disposizione di essa (art. e alinea cit.).[3] Del pari non può esser deferito giuramento per impugnare un fatto che un atto pubblico attesti seguito nell'atto stesso avanti l'uffiziale pubblico che l'ha ricevuto; chè altrimenti la prova piena, la fede pubblica risultante da tale atto potrebbe essere agevolmente non solo infirmata, ma anche distrutta (art. e alinea cit.). Infine per la stessa ragione il giuramento non può

---

[1] Leg. 35, § 1, D. Leg. 34, § 2, e Leg. 26 princ. D. de iureiur.; Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 348 testo e nota 4; Marcadé, loc. cit.

[2] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 350; Marcadé, art. 1358-1360, I; Mourlon, II, 1649.

[3] Consulta Napoli, 16 febbraio 1870, B. XXII, 124.

deferirsi per distruggere una presunzione legale stabilita per motivi di ordine pubblico; esempligrazia per combattere una cosa giudicata; nè in generale per distruggere l'effetto della prescrizione. [1]

Il giuramento non può essere deferito che sopra un fatto specifico e proprio di colui al quale si deferisce (art. 1365). [2] Specifico è il fatto, quando sopra di esso possa decidersi la causa nel senso della domanda o della eccezione. Ma può eziandio deferirsi sulla semplice notizia di un fatto (art. 1365). [3] Così per esempio, giusta l'articolo 2142, il giuramento può essere deferito alla vedova di un debitore, ai suoi eredi ovvero ai tutori di questi, se sono minori, per accertare se abbiano notizia che il debito contro cui è opposta la prescrizione, non sia estinto.

Il giuramento può deferirsi in qualunque stato si trovi la causa, ossia finchè non sia stata decisa da una sentenza e questa non sia divenuta cosa giudicata; può adunque deferirsi tanto in primo grado, quanto in appello (art. 1366). Deve seguirsi nel deferirlo, il rito stabilito per gl'incidenti. [4]

Deve esser deferito in maniera pura e semplice, e non in via subordinata, pel caso cioè che vengano a fallire altre prove che il deferente ha prodotto e sulle quali insiste. [5]

Da ultimo per deferire il giuramento non si richiede che il deferente abbia fatto un principio di prova della sua domanda o della sua eccezione (art. 1366); non basta perciò che il giuramento sia deferito sussidiariamente, perchè da decisorio divenga suppletorio. [6] Ben più: il giuramento decisorio è sem-

---

[1] Relazione Pisanelli, III, 54; Aubry e Rau, VI, § 753, pag. 350 e 351; Marcadé, articoli 1358-1360, I.

[2] Consulta Leg. 11, § 2, D. de act. rer. amot. XXV, 2; Paulus, II, 1, § 4; Leg. 42 princ. D. de reg. iur. L, 17; Leg. 34, § 3, D. de iureiur.

[3] Il giuramento deferito sulla semplice notizia di un fatto, suole chiamarsi giuramento di credulità.

[4] C. C. Torino, 24 novembre 1869, B. XXI, 1, 752.

[5] C. C. Torino cit.

[6] Consulta Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 353 e 354 testo e note 20 e 21; Marcadé, art. 1358-1360, III.

pre ammissibile, sebbene un cumulo di presunzioni, fra cui una cosa giudicata, renda inverosimili i fatti sui quali è deferito; e il giudice che ne respinge il deferimento, non apprezza già il fatto, ma viola la legge. [1]

179. La persona a cui è deferito il giuramento, è tenuta o a prestarlo nei termini in cui gli è stato deferito o a riferirlo al suo avversario, altrimenti si ha per soccombente (art. 1367).[2] La facoltà di riferire il giuramento è subordinata a queste due condizioni, cioè: *a*) che il fatto il quale ne forma l'oggetto, sia comune ad ambedue le parti e non proprio di quella a cui fu deferito; o in altri termini, pel riferimento come per la delazione del giuramento, è necessario che il fatto sia proprio della persona a cui il giuramento è riferito; [3] *b*) che questa non abbia dichiarato di essere pronta a giurare (articoli 1367, 1369 e 1368). La parte a cui è riferito il giuramento, ha lo stesso obbligo di prestarlo che la parte a cui fu deferito (art. 1367). Ma non può sottrarsene col riferirlo alla parte che glielo deferì, altrimenti ci aggireremmo perpetuamente in un eterno circolo (art. 1367 e arg. *a contr.* art. 1368 e 1369). [4]

Inoltre quegli che ha deferito il giuramento, può dispensare il suo avversario che si dichiarò pronto a giurare, dal prestarlo; ma il giuramento si ha come da questo prestato. La stessa dispensa e sotto la stessa responsabilità può essere conceduta al suo avversario dalla parte che gli riferì il giuramento; essendo cosa onestissima per l'una e per l'altra parte d'impedire l'atto immorale e delittuoso dello spergiuro, a costo di una condanna: e ben lodevole di riconoscere per vero un fatto al primo mostrarsi pronta una persona di giurarvi sopra (art. 1371).

Ma colui al quale è deferito un giuramento decisorio, non può sottrarsi all'obbligo di prestarlo o di riferirlo, col ricono-

---

[1] C. C. Torino, 21 maggio, e 14 giugno 1867, B. XIX, 1, 407 e 439.

[2] Vedi Leg. 34, § 6 e 7 princ.; Leg. 38, D. de iureiur. XII, 2; Leg. 9, C. eod.

[3] Vedi Leg. 34, § 8, D. eod.

[4] Leg. 34, § 9 in fine, D. eod.; Leg. 12, § 1 in med. C. eod.

scere la verità dei fatti contenuti nella relativa delazione del medesimo, ma allegandone al tempo stesso altri efficaci a distruggere l'effetto di tale riconoscimento; specialmente se lo faccia per mezzo di suo procuratore *in litem* non munito di mandato speciale per confessare tali fatti. [1]

La parte che ha deferito il giuramento, può rivocarlo sino a che la parte contraria non abbia dichiarato di accettarlo o di riferirlo; [2] o sino a che non sia intervenuta sentenza irrevocabile sull'ammissione del medesimo. Può rivocarlo anche dopo la sentenza e dopochè la parte contraria abbia dichiarato di essere pronta a prestarlo, se nella sentenza fu variata la formola proposta; salvochè con qualche atto posteriore alla sentenza siasi acquietato alla formola variata. Ma la parte che ha riferito il giuramento, non può più rivocarlo, se l'altra parte ha dichiarato di essere pronta a giurare (art. 1372). Nonostante che però l'una delle parti abbia dichiarato di accettare il giuramento deferitole o di riferirlo o di esser pronta a prestare il giuramento referitole, l'altra può rivocarlo, ove sia stata indotta a deferirlo o a riferirlo per dolo di quella; come se per esempio, io mi fossi indotto a deferirti il giuramento per la creduta perdita de'miei titoli, che dipoi vengo a sapere ed a provare che mi furono sottratti da te.

180. Quegli a cui è deferito il giuramento, se ricusa di prestarlo e non può o non vuole riferirlo all'avversario soccombe nella domanda o nell'eccezione, ove l'ammissione dell'una o dell'altra sia subordinata alla prestazione del giuramento (art. 1367).

Parimente soccombe l'avversario se ricusa di prestare il giuramento che gli fu deferito (art. 1367).

Il rifiuto di prestare il giuramento è formale o presunto; si presume ricusata la prestazione del giuramento quando la parte che deve giurare non si presenti nel giorno indicato; salvo che giustifichi un impedimento (art. 225 Cod. proc. civ.).

---

[1] C. C. Torino, 6 giugno 1866, B. XVIII, 1, 455.
[2] Leg. 11, C. de reb. cred. et iureiur. IV, 1.

Al contrario non può aversi per ricusato il giuramento, se la parte a cui è stato deferito o riferito, non l'abbia accettato e venga a morire; eccettochè fosse stata costituita in mora di prestarlo. [1]

Il rifiuto di prestare il giuramento non giova di regola che alla parte che lo ha deferito o riferito e ai suoi eredi ed aventi causa. Tuttavia il rifiuto del debitore di prestare il giuramento deferitogli da uno dei creditori solidari, giova agli altri creditori e il rifiuto del creditore di prestare il giuramento deferitogli da uno dei debitori solidari, giova a tutti gli altri debitori (arg. art. 1373).

Se il giuramento sia stato deferito o riferito a più persone, il rifiuto di una di esse non priva le altre della facoltà di prestarlo. [2]

181. La prestazione del giuramento non può essere di regola che formale; [3] nè basta a farlo considerare per prestato il fatto dell' accettazione, nel caso in cui la parte accettante sia morta prima di prestarlo; salvochè sia stata costituita in mora a prestarlo. [4]

Con la prestazione del giuramento si verifica la condizione sotto cui il deferente o il referente ha rinunciato alla sua azione o alla sua eccezione e diviene perfetta ed irrevocabile la transazione inerente al deferirsi o riferirsi il giuramento dall' uno e al prestarsi dall' altro: in altri termini, il giuramento dall' una delle parti prestato sulla delazione o il riferimento dell' altra, si considera come l'espressione della verità: *res iurata pro veritate habetur.* Quindi quella delle parti, contro la quale è stato prestato il giuramento, non può distruggere più l' effetto della transazione, offrendosi pronta a far la prova della falsità del giuramento medesimo, prova che le è meritamente

---

[1] Aubry e Rau, VI, § 753, pag. 355; Marcadé, art. 1361-1364, II.
[2] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 355.
[3] Torino, 24 gennaio 1868, B. XX, 2, 35.
[4] Aubry e Rau, VI, § cit. pag. 355; Marcadé, art. 1361.

negata (art. 1370). [1] Anzi non può prevalersi neppure della falsità dello stesso giuramento, stabilita in un giudizio penale.[2] Ben più: il giuramento decisorio può terminare la lite in guisa da precludere la via ad ogni altra indagine sopra lo stesso

---

[1] Non illud quaeritur an pecunia debeatur, sed an iuraverit (Inst. § 11, de act. IV, 6; vedi pure Leg. 31 in fine, D. eod.; Leg. 21 e 22, D. de dolo malo, IV, 3; Leg. 56, D. de re iud. XLII, 1; Leg. 1 princ. D. quar. rer. act. non dat. XLIV, 5; Leg. 1, C. eod.). — Non dispiaccia che io ricordi che nella procedura antidioclezìana, la prestazione del giuramento, al modo stesso che la confessione fatta *in iure* (V. sopra nota 1 di pag. 342) dispensava anche dalla sentenza, allorchè aveva avuto luogo avanti il magistrato; perciocchè il convenuto era di pien diritto considerato come assoluto o come condannato, secondochè egli o l'attore aveva giurato (Vedi Leg. 56, D. de re iudic. XLII, 1; Leg. 1 princ. D. quar. rer. act. non datur, XLIV, 5; Leg. VIII, C. eod.; Inst. § 11, de act. IV, 6).

[2] Relazione Pisanelli (III, 54 e 55). Meritano di essere riferiti gli argomenti svolti dal chiarissimo Pisanelli nella citata Relazione. — Prestato il giuramento dalla parte cui fu deferito o riferito (così quivi) sorge la quistione, se l'altra parte possa essere ammessa a provarne la falsità che venisse stabilita in un giudizio penale. La dottrina distingue tra il giuramento decisorio deferito dall'una all'altra parte, e quello deferito d'uffizio dal Giudice. Il giuramento decisorio involse una liquidazione fra le parti la quale diviene efficace colla prestazione del medesimo. Già le istruzioni di Giustiniano proclamavano: *Non illud quaeritur an pecunia debeatur, sed an iuraverit.* La condizione pertanto cui venne dalle parti sottoposta la transazione non è, se il giuramento prestato sia conforme alla verità, giacchè occorrerebbe di discutere nuovamente sopra un tal punto, e il giuramento non sarebbe più decisorio della quistione, ma la condizione è soltanto se il giuramento siasi prestato nella conformità in cui fu deferito. La parte non può quindi essere ammessa a provarne la falsità. Il Codice francese e i Codici italiani sanzionarono tutti siffatta regola. Senonchè, il Codice sardo e l'estense soggiunsero che ove la falsità sia provata per sentenza penale, gli effetti civili del giuramento continueranno, ma sarà salvo alla parte danneggiata il risarcimento dei danni che possono competerle in forza di tale sentenza. Parve che stando alla regola di diritto per cui compete un'azione civile in risarcimento di danni a chiunque fu leso da un reato, si dovesse quella accordare a chi fu leso da un giuramento falso. Sembrò inoltre essere immorale, che il condannato per giuramento falso potesse arricchire ritenendo il male acquistato col reato medesimo. Ma la contraddizione esiste invece nel sistema opposto. La legge comincia per dichiarare che la parte la quale ha deferito o riferito il giuramento non è ammessa a provarne la falsità; essa

obbietto; per esempio, se il possessore di un biglietto all'ordine, ha giurato in maniera decisoria, non esser vera e reale la causa in esso esposta, e dalla quale desume il suo carattere essenziale, non può l'altra parte pretendere di provare la esistenza di altra causa giusta e lecita. [1]

Ma ove la parte contro cui è stato giurato provi che essa deferì o riferì il giuramento per dolo, può anche in questo caso fare annullare il suo deferimento e distruggere gli effetti della prestazione del giuramento medesimo. [2]

La prestazione di un giuramento non può essere opposta che a colui che l'ha deferito, e ai suoi eredi ed aventi causa; quantunque sia stato deferito da uno dei creditori solidari; inquantochè non libera il debitore che per la porzione dovuta a quel creditore. Reciprocamente la prestazione del giuramento non profitta per regola, che a colui il quale l'ha prestato e ai suoi eredi ed aventi causa. Tuttavia il giuramento prestato dal debitore giova sempre ai fideiussori; il giuramento prestato da uno dei debitori solidari sul debito e non sul fatto

---

ritiene adunque che legalmente il giuramento è veridico, irrevocabile quanto alla stessa parte. Per questo principio il Codice sardo e l'estense anche nel caso in cui la falsità del giuramento sia stabilita da condanna penale, dichiarano che gli effetti civili del giuramento continueranno, salvo all'altra parte il risarcimento dei danni. Ma come si può logicamente conciliare il risarcimento di danni con la continuazione degli effetti civili del giuramento? Col risarcimento se la parte non ottiene la cosa stessa di cui fu privata col giuramento, consegue l'equivalente. Si potrà discutere se il giuramento falso debba considerarsi qual reato, e punirsi sull'azione promossa dal pubblico ministero. Ma se per legge civile il giuramento costituisce una verità legale rispetto alle parti, niuna di esse può legalmente parlare di danno derivante dalla sua falsità. L'azione infatti che il privato aggiunge a quella penale è essenzialmente civile; ma secondo i principî generali, ha diritto di chiedere il risarcimento dei danni, con azione civile in un giudizio penale, quegli soltanto che potrebbe domandarlo altresì coll'azione ordinaria in un giudizio civile. Non concedendo pertanto alla parte danneggiata il risarcimento in conseguenza di un giudizio penale, si viene anche qui ad applicare la regola.

[1] C. C. Torino, 11 marzo 1869, B. XXI, 1, 176.

[2] Vedi Aubry e Rau, V, 356; Marcadé, art. 1361-1364, III in fine; Mourlon, II, 1655.

della obbligazione giova agli altri; e finalmente il giuramento prestato dal fideiussore, giova al debitore, quando del pari abbia avuto per oggetto il debito e non il fatto della fideiussione (art. 1373).

182. Il giudice deferisce d'uffizio il giuramento per completare la sua convinzione. [1]

Il giuramente deferito d'uffizio non riveste alcun carattere di transazione; non ha nulla di convenzionale fra le parti.

Questo giuramento, come si disse, è di due specie, cioè suppletorio o purgatorio ed estimatorio per ragione del doppio scopo che può avere. È suppletorio, quando il giudice vuole attingervi gli elementi per completare la sua convinzione all'effetto di decidere la causa, giusta la domanda o l'eccezione che non sono completamente provate con gli altri mezzi; prende il nome di giuramento purgatorio quando il giudice lo deferisce ad una delle parti per distruggere il principio di prova somministrato dall'altra. È estimatorio quando col mezzo di esso, il giudice vuole determinare la quantità, a cui deve essere condannato il convenuto a favore dell'attore che ha giustificato la dimanda in se medesima.

183. Il giudice non può deferire d'uffizio il giuramento nè sulla domanda, nè sull'eccezione opposta, se non quando concorrono le seguenti due condizioni; cioè che da una parte la domanda o l'eccezione non sia pienamente provata; e che dall'altra, la prima o la seconda non sia mancante totalmente di prova (art. 1375). [2] Questa prova incompleta, o questo principio di prova non può risultare che dai mezzi ammessi dalla legge, avuto riguardo alla natura o al valore dell'oggetto che forma materia della domanda o dell'eccezione. Quindi se trattisi

---

[1] L'uso del giuramento deferito d'uffizio è censurato per l'inconveniente ben grave di dare al giudice il potere di trasportare d'uffizio e per sua sola volontà la decisione della causa dal dominio del diritto in quello della coscienza. Valga ciò a rendere restia l'autorità giudiziaria a deferirlo.

[2] Vedi Leg. 31, D. de iurando, XII, 2; Leg. 3, C. de reb. cred. et iureiur. IV, 1.

di oggetto il cui valore non ecceda cinquecento lire, quel principio di prova può risultare dalle deposizioni dei testimoni o da presunzioni non abbastanza gravi, precise e concordanti; [1] al contrario se il valore ecceda le lire cinquecento, il principio di prova non può risultare che da scritto. [2]

Le anzidette due condizioni sono necessarie per deferire il giuramento suppletorio, anche nel caso che una delle parti abbia chiesto al giudice di deferirlo. Ove l'una o l'altra condizione manchi, il giudice non può che ammettere o rigettare la domanda (art. 1375 alinea ult.).

Il giuramento suppletorio come il decisorio, non può deferirsi che all'una o all'altra delle parti, fra le quali verte la causa, e non a coloro che non sono parti della medesima; perciò fra gli altri non può deferirsi al marito che figura nella domanda promossa dalla moglie come autorizzante questa a stare in giudizio. [3]

Ma il giudice è investito della facoltà di scegliere la parte che deve prestare il giuramento suppletorio. Egli da uomo prudente, farà cadere la scelta su quella delle parti che meriti più fiducia. A condizioni eguali, sembra che il giuramento debba essere deferito a quella delle parti che ha prodotto un principio di prova in appoggio della sua domanda o della sua eccezione; [4] ma nulla vieta al giudice anche in questo caso di deferirlo all'altra parte per distruggere il principio di prova somministrato dalla prima. Ma il giudice medesimo non ha tale facoltà nei casi in cui la legge medesima designa la parte che deve prestare il giuramento; per esempio, se l'una delle parti si offre di prestar fede ai libri commerciali che l'altra possiede

---

[1] Consulta Torino, 9 settembre 1867, B. XIX, 2, 553.

[2] Consulta Bonnier, n. 324; Aubry e Rau, VI, § 765, pag. 472 e 474; Marcadé, articoli 1366-1368, II; Mourlon, II, 1657.

[3] Aubry e Rau, VI, § 766, pag. 474 testo e nota 7.

[4] Consulta Duranton, XIII, 616 e seg.; Bonnier, n. 325; Aubry e Rau, VI, § 767, pag. 474.

e questa si ricusa di presentarli, il giudice può deferire il giuramento alla prima (art. 27, Cod. di comm.) [1]

La parte a cui è deferito dal giudice il giuramento, può rifiutarsi dal prestarlo; perciocchè non v'ha qui, come nel giuramento decisorio, offerta di transazione; allora il giudice o deferirà il giuramento all'altra parte, o deciderà la causa nello stato attuale degli atti; desumendo anche all'uopo un elemento di convinzione dal rifiuto del giuramento. Ma giammai quegli al quale il giuramento suppletorio o purgatorio è stato deferito, può pretendere di riferirlo all'altra parte (art. 1376).

Il giuramento suppletorio, può essere deferito sopra i fatti propri o personali di colui che deve giurare; ovvero sulla semplice notizia d'un fatto non solo del suo autore ma di qualunque altra persona. [2]

Non è poi necessario che i fatti sui quali si voglia deferire il giuramento suppletorio, siano specifici, tali cioè che la loro esistenza o inesistenza importi la decisione della causa: basta che dai medesimi, ammessi che siano col giuramento, possa risultare una presunzione atta a corroborare altre presunzioni già stabilite; talchè il giudice possa rimanerne perfettamente convinto.

184. Il deferire il giuramento suppletorio è un atto d'instruzione ordinato dal giudice per completare la sua convinzione. Ciò stante se dopo ordinatane la prestazione, vengano somministrate altre prove, altri elementi di convinzione, il giudice può dichiarare non farsi più luogo a prestazione di giuramento. Anzi prestato che sia, può la parte contro cui è stato giurato, far la prova in contrario, prima che sia pronunziata la sentenza sul merito; e per tal mezzo dimostrar la falsità del giuramento prestato e vincere la causa. [3] Più ancora pronunziata questa sentenza, e interpostone appello, il giudice

---

[1] Vedi Duranton, Bonnier, Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Consulta Rauter, Cours de procéd. civ. § 134; Aubry e Rau, VI, § 767, pag. 474 e 475; Marcadé, art. 1366-1368, II.

[3] Vedi Leg. 31, D. de iureiur.

di secondo grado non è obbligato di tener conto del giuramento prestato in primo grado; può invece riformare e rivocare la sentenza tanto senza nuove prove, quanto con nuove prove dimostranti la falsità del giuramento prestato ed eziandio col deferire all'appellante il giuramento deferito dal giudice di primo grado all'appellato; semprechè peraltro l'appellante non siasi acquietato alla sentenza che deferì il giuramento.[1] Infine la parte contro cui è stato prestato il giuramento suppletorio può valersi della falsità che venisse stabilita in giudizio penale.[2]

185. Il giuramento estimatorio è quello che il giudice deferisce all'attore per determinare il valore della cosa domandata, il quale non può provarsi altrimenti. La condizione quindi a cui è subordinato il deferire tale giuramento è l'impossibilità della prova del valore medesimo. Ove questa prova fosse possibile, l'attore dovrebbe farla, sotto pena di vedere rigettata la sua dimanda (art. 1377).

* Questo giuramento non può essere deferito che all'attore, il quale conseguentemente non può riferirlo al convenuto (art. 1368).

Il giudice nel deferire questo giuramento, deve determinare la somma sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento (art. 1377 alinea).

186. Il giuramento estimatorio, non è anch'esso come il suppletorio che un mezzo d'istruzione; e perciò gli sono applicabili in generale le regole esposte sugli effetti del giuramento suppletorio.[3] Quindi fra le altre cose, il giudice che ha

---

[1] Consulta Aubry e Rau, VI, § cit. pag 475 e 476; Marcadé, art. 1366-1368, III.

[2] Relazione Pisanelli, III, 56. — Il giuramento deferito d'uffizio (quivi si legge) non riveste alcun carattere di transazione, non ha nulla di convenzionale fra le parti; epperciò la legge non deve estendere al medesimo la regola che vieta alla parte di provare la falsità del giuramento decisorio, o di valersi della falsità che venisse stabilita in un giudizio penale.

[3] Vedi num. prec.

determinato la quantità sino alla quale ha creduto potersi prestare fede all'autore, può prima che il giuramento sia prestato, aumentarla o diminuirla, secondo che l'attore o il convenuto gli provino, che il valore della cosa domandata sia maggiore o minore; e il giudice d'appello, nonostante il giuramento prestato, può diminuire l'ammontare della condanna, se la parte condannata riesca a provare che fu esagerato. [1] Anzi può rivocare la delazione del giuramento, ove siangli somministrati nuovi mezzi di prova; per esempio un conto, anche dopo spirato il termine prefisso per la prestazione del medesimo. [2]

---

[1] Vedi Aubry e Rau, VI, § 768, pag. 477 e 478; Marcadé, loc. cit.
[2] C. C. Torino, 28 agosto 1868, G. XX, 1, 829.

TITOLO V.

Del contratto di matrimonio

SOMMARIO

187. Transizione ed esposizione generale del soggetto.

187. Nel precedente titolo abbiamo esposto la parte generale delle obbligazioni; e in essa si è pur discorso dei contratti in genere, come una delle cause da cui le obbligazioni provengono. Ora passiamo a parlare delle obbligazioni derivanti dai singoli contratti, o (lo che torna la stessa cosa) dei singoli contratti, quali fonti di altrettante speciali obbligazioni.

Fra tali contratti trovasi primo quello di matrimonio non tanto per la sua frequenza che è pur grandissima, quanto per la sua importanza che quella d'ogni altro supera.

Come il matrimonio, unione dell'uomo colla donna, genera e governa i rapporti personali dei coniugi, sia fra loro, sia colla prole, sia ancora con altri parenti ed affini; così il contratto di matrimonio stabilisce e regola i rapporti dei coniugi in ordine al loro patrimonio, ossiano i diritti patrimoniali di cui in tale loro qualità potranno godere. Ciò può aver luogo sotto tre diverse forme o regimi, cioè: *a)* della dote; *b)* dei beni parafernali; *c)* della comunione. Ne discorreremo quindi partitamente, dopo premesse le nozioni generali sul contratto di matrimonio.

CAPO I.

NOZIONI GENERALI SUL CONTRATTO DI MATRIMONIO

SOMMARIO

188. Il contratto nuziale o di matrimonio è la convenzione con cui due persone che vogliono unirsi in matrimonio regolano, relativamente ai beni, i diritti di cui godranno come coniugi, l'uno in riguardo all'altro.

La voce *contratto di matrimonio* si prende ancora per l'atto, l'*instrumentum* che contiene la convenzione matrimoniale. Niuna legge vieta che oltre al regolamento dei beni nella società coniugale, tale atto contenga altre convenzioni; e non solo come ordinariamente avviene, la donazione che l'uno degli sposi faccia all'altro o un terzo ad uno di essi, o ad ambedue; ma eziandio contratti a titolo oneroso; per esempio una vendita, una locazione fra gli sposi o fra questi e terze persone. Resta inteso però che tali convenzioni rimangono soggette al diritto comune o alle proprie regole, specialmente in ordine alla capacità dei

contraenti; non essendole punto applicabile la disposizione dell'articolo 1386. [1]

Il contratto di matrimonio è libero e non obbligatorio per i futuri coniugi; in questo senso che è in loro facoltà di regolare la loro società coniugale relativamente ai beni con una convenzione, ovvero di lasciarla sotto l'impero della legge non facendo essi veruna convenzione (art. 1378).

189. Il contratto di matrimonio si reputa convenuto sotto la condizione che seguirà valido matrimonio fra i promessi sposi; attalchè deve considerarsi come non stipulato, ove il matrimonio non segua. La stessa decisione è applicabile nel caso che il matrimonio venga annullato; salvo che debba produrre gli effetti civili per la buona fede con cui fu contratto da uno dei coniugi o da ambedue (art. 116). [2] Medesimamente la donazione fatta in riguardo al matrimonio, rimane senza effetto, se il matrimonio non segua; salva la detta eccezione e salvi i diritti dei terzi, giusta l'articolo 1068. Infine rimane senza effetto qualunque altra convenzione quantunque estranea ai patti nuziali, ove si provasse che la celebrazione del valido matrimonio fu la causa principale della medesima (arg. articolo 1110 alinea); altrimenti continuerebbe ad avere efficacia, nonostante la mancata celebrazione del medesimo.

Se però la nullità del matrimonio venga sanata non può impugnarsi il contratto di matrimonio; perocchè esso suppone l'esistenza del matrimonio, in considerazione del quale è stato stipulato; ma gli è affatto indifferente, che questo sia valido sin dal principio o lo divenga in seguito, non costituendo una condizione propriamente detta. [3]

Se però il contratto medesimo di matrimonio sia affetto da un vizio di nullità, questo non rimane purgato dalla sopravvenuta convalidazione del matrimonio. Questa decisione

---

[1] Consulta Larombière, IV, pag. 145; Aubry e Rau, V, § 504, pag. 229-230 testo e nota 1, 4ª édit.

[2] Vedi II, 185 e seg.

[3] Vedi sopra n. 33; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 231 testo e nota 9.

deve essere applicata anche nel caso in cui la convenzione nuziale e il matrimonio fossero affetti dallo stesso vizio; per esempio la convenzione nuziale stipulata da un minore senza l'assistenza delle persone che dovevano consentire al suo matrimonio, non diviene valida, col convalidarsi per virtù di una delle cause nominate dall'articolo 109, il matrimonio celebrato senza il consenso delle medesime: [1] parimente la nullità del contratto nuziale stipulato dal minore col consenso di quelle persone prima di giungere all'età legale, non cessa col sanarsi, a senso dell'articolo 110, il matrimonio celebrato nelle medesime condizioni. [2]

190. Il contratto di matrimonio non può essere stipulato che dai futuri coniugi o in persona o mediante procuratore speciale. Neppure i genitori in proprio nome possono stipulare il contratto nuziale in luogo dei loro figli, quand' anche minori e soggetti alla loro potestà. Queste regole sono si assolute che si considera come non avvenuto il contratto di matrimonio stipulato per i futuri coniugi o da una persona non fornita di mandato regolare, o dai loro genitori in proprio nome, quand'anche gli stipulanti si fossero obbligati per la ratifica dei futuri coniugi. L'inesistenza del contratto può essere invocata anche dal coniuge che avesse stipulato personalmente il contratto contro l'altro che non v'intervenne in persona e non vi fu rappresentato da procuratore speciale, e può essere opposta da terzi aventi interesse a togliere ogni efficacia alle disposizioni e alle convenzioni contenute nel contratto di matrimonio. [3]

Ma gli sposi possono ratificare il contratto nuziale prima del matrimonio; la ratifica deve esser fatta per atto pubblico; attalchè la celebrazione del matrimonio non importa per se sola ratifica di quel contratto; perchè questo è un atto solenne, e ogni atto solenne non può ratificarsi che nella forma con cui può

---

[1] [2] Duranton, XIV, 10; Rodière e Pont, I, 40 e 181; Odier, II, 610; Aubry e Rau, V, § cit. pag. 231-232 testo e note 10 e 11; *contro* Troplong, I, 288, 96 e 97; Marcadé, art. 1338, II.

[3] Aubry e Rau, tom. cit. § 502, pag. 233-234.

validamente farsi (art. 1383, 1384 e 1385). Sciolto però il matrimonio nulla impedisce agli eredi del coniuge predefunto e al superstite di dare effetto a quel contratto con espressa ratifica semplice o con volontaria esecuzione. [1]

191. Può stipulare il contratto nuziale, ogni persona che è capace a congiungersi in matrimonio: *habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias: habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* Al contrario chi non è capace a stringere il matrimonio, non è capace di stipulare il contratto nuziale; quindi esempligrazia, sarà nullo ove sia stipulato da un interdetto. Nulla però vieta che due persone le quali a motivo del vincolo di parentela o affinità che le legano, abbisognino per unirsi in matrimonio, della reale dispensa, stipulino validamente il contratto nuziale prima di averla ottenuta. [2]

Peraltro la capacità di stipulare il contratto nuziale che deriva da quella di stringere il matrimonio, non include per se sola e a favore di ogni persona indistintamente, la capacità di alienare e di disporre de' propri beni, tal quale si possiede da un maggiore che ha il pieno e libero esercizio dei propri diritti. Questa capacità rimane regolata in generale, dalle leggi di diritto comune. Quindi un maggiore inabilitato, mentre senza l'assistenza del suo curatore, può stipulare nel contratto nuziale la dote, giusta le disposizioni degli articoli 1388 e seguenti, e la comunione dei beni col coniuge, giusta le disposizioni degli articoli 1433 e 1446, non può fargli donazione senza l'assistenza del medesimo. [3]

Ma il principio che la capacità degli sposi di disporre dei propri beni è regolata dalle leggi di diritto comune, è soggetto ad eccezione rispetto al minore. Perciocchè questi mentre non

---

[1] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 235.

[2] Rodière et Pont, Du contract de mariage, I, 54; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 241.

[3] Marcadé, art. 513, I e 1398, IV; Demolombe, III, 22 e VIII, 737 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 236 testo e nota 12; *contro* Troplong, op. cit. I, 97 e seg.

può fare validamente veruna convenzione senza la rappresentanza o l'assistenza del padre o della madre, del tutore o del curatore, e nei congrui casi senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'autorizzazione o l'omologazione del tribunale, può invece nel contratto nuziale validamente fare con la sola assistenza delle persone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio, tanto le convenzioni matrimoniali quanto ogni specie di donazione a favore del coniuge (art. 1386). Fra le convenzioni matrimoniali meritano special ricordo quelle riguardanti l'alienabilità della dote. [1]

Per minore s'intende quegli che non ha compiuto gli anni ventuno, e non già quegli che non ha raggiunto l'età legale per contrarre matrimonio; perchè questi non essendo capace a contrarre matrimonio, manca della capacità necessaria per la stipulazione delle convenzioni matrimoniali, manca cioè della capacità che dovrebbe essere integrata dall'assistenza delle persone sopra nominate. Quindi per la validità del contratto nuziale che voglia stipularsi da un minore il quale non abbia raggiunto l'età legale, per contrarre matrimonio, sono necessarie le formalità prescritte dalle leggi di diritto comune per la validità di ogni specie di convenzione; tuttavia se abbia ottenuto la dispensa dell'età, anch'esso gode di questa facoltà eccezionale. [2] In senso inverso l'uomo maggiore di anni ventuno e minore di anni venticinque, non ha bisogno dell'assistenza delle dette persone per fare validamente atti di disposizione de'suoi beni nel contratto nuziale, quantunque gli sia necessario il loro consenso per contrarre matrimonio. [3] Ma sotto la stessa

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v°Dot, § 2, n. 11; Duranton, XIV, 14; Troplong, I, 273; Rodière e Pont, I, 41; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 243 testo e note 25.

[2] È necessario che la dispensa sia stata ottenuta prima della stipulazione del contratto nuziale, altrimenti sarebbe nullo e non si convaliderebbe colla dispensa posteriore susseguita dalla celebrazione del matrimonio (Consulta Duranton, XIV, 14; Rodière et Pont, I, 40; Odier, II, 604; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 242).

[3] Marcadé, art. 1398, III; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 241; *contro* Odier, II, 607.

voce di minore, si comprende tanto l'emancipato, quanto il non emancipato.

L'assistenza delle soprannominate persone alla stipulazione del contratto di matrimonio, non deve necessariamente consistere nella loro presenza materiale e nella apposizione della loro firma al contratto; esse anzichè intervenirvi, possono farvisi rappresentare da persona munita di un mandato autentico contenente le convenzioni e le disposizioni, alle quali intendono di prestare la loro adesione:[1] un mandato generico ed illimitato non sarebbe sufficiente.[2] Ove poi per mancanza di ascendenti, il consiglio di famiglia debba prestare il consenso per il matrimonio, esso deve prestare adesione al contratto nuziale con un atto di deliberazione nel quale siano indicate specificamente le convenzioni e le disposizioni che intende di approvare.[3]

La nullità del contratto nuziale per incapacità di uno degli sposi è relativa, come tutte le altre derivanti dalla stessa causa; perciò non può essere dimandata che dall'incapace o da'suoi eredi ed aventi causa. L'uno o gli altri però non possono scindere il contratto e dimandare soltanto la nullità di quelle convenzioni e disposizioni che gli nuocciono per valersi di quelle che gli giovano; ma devono o rispettare per intero, o per intero fare annullare il contratto.[4]

Siffatta nullità non si sana con la celebrazione del matrimonio che si faccia in tempo in cui l'incapace sia divenuto perfettamente capace; per esempio, il contratto nuziale stipulato da un minore senza l'assistenza delle persone il cui consenso gli era necessario, non si convalida col susseguente matrimonio celebrato da esso in maggiore età.[5] Non si sana neppure con la estinzione dell'azione di nullità del matrimonio,

---

[1] Duranton, IX, 765; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 244 testo e nota 28; Marcadé, art. 1368, III.

[2] Aubry e Rau, tom. e § cit.; *contro* Rodière et Pont, I, 44.

[3] Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 244 testo e nota 29.

[4] Consulta Troplong, I, 288; Marcadé, art. 1398, III; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 246.

[5] Duranton, XIV, 14; *contro* Marcadé, art. 1398, II.

quantunque e il contratto e il matrimonio fossero affetti dallo stesso vizio; per esempio, fatti entrambi senza il consenso delle nominate persone, il primo non si convalida col cessare di essere impugnabile il secondo. [1] Infine non si sana con la conferma espressa o tacita del contratto medesimo fatta durante il matrimonio. [2] Ma sciolto il matrimonio, può l'incapace o i suoi eredi ed aventi causa non valersi di tale nullità.

Annullato il contratto nuziale la società coniugale relativamente ai beni, è regolata dalla legge.

192. I contratti matrimoniali devono essere stipulati per atto pubblico avanti notaio sotto pena di nullità (art. 1382 e 1314 8°). La stessa disposizione è applicabile alle convenzioni accessorie al contratto di matrimonio; per esempio a quella mediante cui l'uno degli sposi o un terzo si obblighi di sopportare per intero le spese del medesimo. [3]

Inoltre se il contratto di matrimonio si stipuli tra persone, una delle quali sia commerciante, dev'essere trasmesso per estratto entro un mese dalla data di esso, alla cancelleria del tribunale di commercio del luogo dov'è lo stabilimento commerciale, per essere registrato e affisso nella sala del Tribunale (art. 11, 12 e 4, Cod. di comm.).

Le spese occorrenti per la stipulazione del contratto di matrimonio, sono a carico comune dei due sposi; essendo esso stipulato nel loro comune interesse; ma come or ora si supponeva, nulla vieta alle parti di convenire altrimenti. Quanto poi alle spese e alle tasse di registro, risguardanti o la costituzione dotale o altre liberalità fatte o da un terzo all'un dei coniugi, o da uno dei coniugi fatte all'altro, esse rimangono soggette alle proprie leggi, e gravano quindi sulla dotata o sul donatario. [4]

---

[1] Duranton, XIV, 14; *contro* Marcadé, art. 1398, II.

[2] Troplong, I, 288; Rodière et Pont, I, 181; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 246 e 247.

[3] Aubry e Rau, tom. cit. § 503, pag. 247, nota 1.

[4] Consulta Rodière et Pont, I, 195; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit.; *contro* Troplong, I, 199: in quanto ritiene che le spese per la costituzione della dote siano a carico dei dotanti.

I contratti matrimoniali che non siano fatti per atto pubblico, sono nulli per difetto di forma, si hanno per non avvenuti. Con essi sono nulle tutte le convenzioni e disposizioni che contengono, siansi esse fatte fra i coniugi, o da un terzo ad uno di essi o ad ambedue, e quantunque si sarebbero potute fare validamente senza atto pubblico; semprechè abbiano relazione col contratto nuziale.

193. Il contratto nuziale non può farsi che prima del matrimonio (art. 1382). Tale prescrizione mira a prevenire le contestazioni che potrebbero far nascere fra i coniugi il desiderio e l'interesse dell'uno di ottenere modificazioni al contratto di matrimonio dall'altro al quale il proprio interesse può invece consigliare di conservarlo nel suo stato primitivo; a tutelare gli sposi stessi, i loro figli e parenti contro temibili sorprese o funesti errori; ed infine ad impedire frodi contro i terzi. Fatto dopo la celebrazione di questo, sebbene nello stesso giorno, sarebbe nullo per difetto di forma. Tale nullità può essere opposta tanto dall'un de'coniugi all'altro, quanto dai terzi interessati ad entrambi i coniugi: perciocchè essa stante il carattere dei motivi di questa prescrizione, è assoluta.

La stessa nullità è perciò anche insanabile, durante il matrimonio con conferma espressa o tacita. Ma sciolto il matrimonio, può il contratto convalidarsi con la conferma; e l'azione di nullità resta prescritta col quinquennio decorrente dal giorno dello scioglimento di quello. La nullità del contratto nuziale però non porta seco la nullità delle convenzioni estranee al medesimo, e solo materialmente in esso comprese; quali sono per esempio, una vendita, una locazione, ed altri simili atti.

Anzi per le stesse ragioni i contratti nuziali, qualunque ne sia il contenuto, non possono neppure cangiarsi in verun modo dopo la celebrazione del matrimonio (art. 1385). Quindi per esempio, se nel contratto di matrimonio sia stato dichiarato che i beni della moglie rimarranno parafernali, non possono dopo la celebrazione del matrimonio, convertirsi in dotali e viceversa. Del pari, se nel contratto nuziale fu costituita solamente la dote, non si può dopo la celebrazione del matrimonio, contrarre la comunione dei beni. Nè infine durante il matri-

monio, può l'un coniuge fare a favore dell'altro rinunzia abdicativa dei diritti e vantaggi assicuratigli dal contratto medesimo; per esempio, del lucro dotale. [1] Il divieto colpisce eziandio gli atti, che secondo la dichiarazione delle parti, avrebbero per obbietto di determinare di comune accordo o per transazione, il senso delle clausole del contratto nuziale, ma che in sostanza mutano le convenzioni in questo contenute. [2] Infine colpisce le clausole intese a modificare od a neutralizzare gli effetti legali delle convenzioni nuziali; per esempio, i diritti del marito sulla dote. È del resto indifferente che le mutazioni riguardino convenzioni stipulate fra coniugi o fra questi e terze persone intervenute nel contratto nuziale; [3] attalchè per esempio, si troverebbe colpita da tal divieto la convenzione con cui il marito esonerasse quegli che dotò sua moglie, dall'obbligo di pagare gl'interessi della dote, o gli promettesse di non esiger questa che dopo la morte di lui. [4]

Mutazioni al contratto nuziale non possono farsi dopo la celebrazione del matrimonio, quand'anche ne sia stata formalmente riservata quivi la più ampia facoltà, essendo tale clausola assolutamente nulla; per essere d'ordine pubblico il divieto fattone dalla legge. In ogni caso le mutazioni che in onta a tal divieto fossero fatte, sarebbero nulle anch'esse in modo assoluto. [5]

L'anzidetto divieto però non impedisce che i coniugi durante il matrimonio stipulino fra loro le convenzioni intese a regolare

---

[1] Consulta Aubry e Rau, V, § 503 bis, pag. 254-255; Marcadé, articolo 1394-1397, III.

[2] Consulta Battur, Traité de la communauté des biens entre époux, I, 51; Aubry e Rau, tom. cit. § 503 bis, pag. 254-255.

[3] Consulta Toullier, XII, 62; Battur, I, 48; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 255.

[4] Consulta Aubry e Rau, tom. cit. § 503 bis, pag. 257, e le sentenze che citano.

[5] Consulta Troplong, I, 201; Duranton, XIV, 38; Rodière et Pont, I, 149; Odier, II, 648; Taulier, V, 24 e 25; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 254; *contro* Toullier, XII, 25 e seg.

i loro rispettivi interessi; semprechè siano conciliabili coll'esecuzione completa del contratto di matrimonio. Quindi per esempio potranno disporre a favore di un terzo dei beni loro donati nel contratto di matrimonio; l'uno di essi potrà cedere ad un terzo sotto forma di donazione, di vendita e di rinunzia traslativa i diritti e gli utili assicuratigli dall'altro nel contratto nuziale. [1]

Ma prima del matrimonio, possono farsi mutazioni nei contratti nuziali, cessando allora i motivi del divieto ed essendo inoltre sino allora il contratto di matrimonio quasi un progetto; in questo senso che la sua esistenza dipende ancora dalla celebrazione del matrimonio (art. 1383).

Queste mutazioni però non sono valide, neppure fra le persone che le fanno, o in qualsiasi maniera v'intervengano, se non in quanto concorrano queste due condizioni; cioè primieramente che siano fatte per atto pubblico, siccome lo stesso contratto nuziale (art. 1383). Non è però necessario che l'atto pubblico sia redatto dallo stesso notaro e alla presenza degli stessi testimoni.

Si richiede secondariamente che le mutazioni medesime siano fatte alla presenza e col simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio (art. 1383 alinea). Per parti s'intendono gli sposi; coloro l'assistenza dei quali fu necessaria per la validità del contratto medesimo; e finalmente quelli che intervennero nel contratto medesimo per fare donazioni, promesse o rinunzie a favore degli sposi o ad uno di essi e in considerazione del loro matrimonio. Al contrario sotto la stessa voce non si comprendono le altre persone congiunte, affini od estranee che avessero assistito al contratto di matrimonio, *honoris causa*, o nella qualità di testimoni. [2] Le nominate persone come si diceva, devono

---

[1] Consulta Troplong, I, 639; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 257.

[2] Consulta Toullier, XII, 51 e seg.; Duranton, XIV, 52; Troplong, I, 239; Marcadé, art. 1394-1397, IV; Mourlon, III, 7; Aubry e Rau, tom. cit. § 503 bis, pag. 260.

essere presenti alle mutazioni e devono prestare il loro consenso simultaneamente; venendo di tal guisa esaminati e discussi più completamente e maturamente gl'interessi impegnati nel contratto di matrimonio, e impedita la sorpresa di consensi prestati isolatamente. Ma tutte e ciascuna di esse può farsi rappresentare da mandatario munito di procura speciale ed autentica. Se uno degli sposi o uno di coloro la cui assistenza è necessaria alla formazione del contratto nuziale, rifiuti il consenso alle mutazioni progettate, questo rimane necessariamente immutato. Ove però lo rifiutino altre parti, per esempio, i donanti, allora gli sposi o da soli o con l'assistenza delle soprannominate persone, secondo casi, possono procedere ad un nuovo contratto di matrimonio, rinunziando al primo e con esso, alle donazioni. Infine ove sia morta o interdetta una delle persone delle quali era necessario il consenso per il matrimonio, e l'assistenza per il contratto nuziale, e per tal morte o interdizione il diritto di consentire al matrimonio e perciò di assistere al contratto di matrimonio sia passato in altra persona, basta il consenso di questa per la validità delle mutazioni, per quanto concerne quest'assistenza. [1] Del resto è indifferente il modo tenuto per fare la mutazione; è indifferente per esempio che sia stata fatta con un atto in forma di convenzione o di controdichiarazione (art. 1383 e 1384).

Perchè poi le mutazioni fatte al contratto nuziale, abbiano effetto rispetto ai terzi, si richiede oltre alle due condizioni anzidette, che in margine o in calce della minuta del contratto di matrimonio sia fatta annotazione indicante l'atto che contiene il cangiamento o la controdichiarazione. Questa annotazione deve parimente esser fatta sulla copia del contratto di matrimonio rimessa al pubblico archivio a cura del notaro che lo ha ricevuto, ed anche su quella presentata all'ufficio di trascrizione, se il contratto di matrimonio fu trascritto (art. 1384).

---

[1] Delvincourt, III, 5; Duranton, XIV, 53; Marcadé, art. 1394-1397, IV e V in fine; Mourlon, III, 8 e 9; Aubry e Rau, tom. cit. § 503 bis, pag. 260.

Per terzi s'intendono coloro che in forza di convenzioni stipulate con gli sposi o con uno di essi, hanno acquistato sopra i loro beni dei diritti che le mutazioni, se efficaci, modificherebbero. Quindi per esempio, a me che avessi acquistato un fondo dotale, di cui era stata permessa l'alienazione nel contratto di matrimonio, non potrebbe essere opposta la clausola con cui fosse stato rivocato tale permesso; ove non siano state osservate le sopraddette formalità. Medesimamente senza l'osservanza di tali formalità, non potrebbe essere opposta al cessionario di una somma promessa in dote, la convenzione con cui questa fu ridotta a minor quantità. [1]

Per meglio garantir poi l'interesse dei terzi, è prescritto tanto al notaio quanto al pubblico archivista, di non dar copia del contratto di matrimonio, senza trascrivere infine l'annotazione suddetta (art. 1384 alinea).

L'inadempimento di questa formalità per parte del notaio e dell'archivista non rende invalide verso i terzi le mutazioni fatte al contratto di matrimonio; ma se per conseguenza del medesimo questi terzi [2] soffrano danno, il notaio e l'archivista debbono tenerneli indenni; sono inoltre soggetti se vi è luogo, alle pene disciplinarie (art. cit.). [3] I terzi avranno eziandio diritto al risarcimento di danni contro gli sposi, nel caso che questi in mala fede, ossia con cognizione di causa e allo scopo d'ingannarli, abbiano dato loro una copia imperfetta del contratto di matrimonio. [4]

---

[1] Consulta Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 261-262 testo e note 36 e 37.

[2] Il testo dell'articolo 1384 dice, *sotto pena dei danni verso le parti*, ma per parti non si devono intendere coloro che hanno stipulato il contratto di matrimonio, o vi hanno assistito e consentito, sibbene le parti lese, le quali nel caso non possono essere che i terzi (Consulta Duranton, XIV, 69; Troplong, I, 248; Marcadé, art. 1394-1397, V; Rodière et Pont, I, 163 e 164; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 264 testo e nota 39).

[3] È questo il significato dell'espressione *sotto pene più gravi* che si legge nell'articolo 1384 alinea, e tradotta dall'articolo 1395 del Codice napoleonico (Vedi Duranton, XIV, 68; Marcadé, art. cit. V; Aubry e Rau, tom. e § cit. nota 40).

[4] Vedi Marcadé, loc. cit.

194. Non possono formare oggetto del contratto nuziale che i diritti patrimoniali da godersi reciprocamente dagli sposi, durante il matrimonio o dopo lo scioglimento di questo (art. 1378).

Fra questi diritti è riconosciuto formalmente dalla legge quello del lucro dotale; essendo scritto nell'articolo 1398 [1] che nel contratto di matrimonio possono gli sposi pattuire un lucro sull'importare della dote in favore del coniuge sopravvivente.

Ma il lucro dotale non può convenirsi sulla dote che viene da altri costituita ed aumentata durante il matrimonio, e non reca mai pregiudizio agli eredi aventi diritto a porzione legittima (art. cit.).

Il lucro dotale si devolve in proprietà al coniuge sopravvivente se non vi sono discendenti del coniuge premorto; o questi ne ripudiano la eredità; [2] e nel caso contrario in semplice usufrutto; salvochè gli sposi abbiano diversamente pattuito (art. cit.).

Nel regolare cotali diritti gli sposi godono in generale, d'illimitata libertà. Ma giusta i principî generali di diritto, essi non possono fare neppure intorno a tali diritti, convenzioni contrarie all'ordine pubblico e al buon costume. Perciò sarebbe

---

[1] L'articolo citato 1398 trovasi nella sezione che ha per oggetto la costituzione della dote; ma chiaramente dispone intorno ad un patto nuziale. — Intorno al lucro dotale si legge nella Relazione del chiarissimo Pisanelli (III, 60-61). Nella mancanza di patti nuziali nella costituzione della dote, il Codice sardo stabilisce fra i coniugi il lucro reciproco del terzo sull'importo della medesima che si acquista in proprietà, od in usufrutto al coniuge sopravvivente, secondochè non esistono od esistono figli del loro matrimonio. Questa disposizione non trova riscontro in alcuna teorica legislativa, ma deriva da antiche costumanze di alcune province del regno, fra le quali è da annoverarsi la toscana. Nelle altre province, dove le leggi furono codicizzate, la disposizione del Codice sardo non è conosciuta, la qual cosa dimostra che il lucro reciproco sull'importo della dote non entra nei costumi della maggioranza dei cittadini. Nel progetto fu quindi permessa la stipulazione del lucro dotale, ma non venne supposta la tacita convenzione del medesimo. Anzi, ad impedire che una dichiarazione generica sulla natura del lucro potesse interpretarsi a danno della prole, fu stabilito che, salvo un patto espresso in contrario, il lucro s'intenderà acquistato in semplice usufrutto, quando il coniuge defunto abbia lasciato figli.

[2] Torino, 14 aprile 1868, A. II, 2, 277.

nulla ogni convenzione inserita nel contratto di matrimonio ed avente per oggetto un'eredità futura, tanto se a questa siasi rinunziato, quanto se siano stati alienati i diritti eventuali sulla medesima (art. 954). Medesimamente si avrebbe per non scritta ogni convenzione o rinunzia fatta nel contratto di matrimonio e intesa a mutare l'ordine legale delle successioni (art. 1380). Infine sarebbe affatto inefficace la rinunzia del diritto di disporre che l'uno degli sposi avesse fatto, a favore dell'altro. Inoltre v'hanno delle convenzioni proibite fra gli sposi per motivi particolari desunti dalla natura della società coniugale e dai rapporti personali che il matrimonio stabilisce fra i medesimi; tal è per esempio, la convenzione, con cui la moglie rinunziasse al diritto di domandare la separazione della dote dai beni del marito, giusta la disposizione dell'articolo 1418.

Del resto gli sposi possono dedurre tali cose nel contratto di matrimonio con i termini e le forme che essi crederanno di usare. Tuttavia non è permesso ai medesimi di stipulare in modo generico, che il loro matrimonio sia regolato da consuetudini locali o da leggi, alle quali non sono legalmente sottoposti; acciò non sia fatto impedimento alla unificazione legislativa nei costumi, e quasi atto di ribellione contro la nuova legge (art. 1381); tale sarebbe una stipulazione in cui le parti si riportassero semplicemente alle disposizioni delle consuetudini o alle leggi da cui gli sposi vorrebbero che fosse regolato il loro contratto nuziale, come se per esempio, gli sposi avessero stipulato; *i beni della moglie saranno dotali giusta il diritto romano*, ovvero, *adottiamo per patti nuziali quelli scritti nel capitolo ventesimottavo del Codice austriaco*. È del resto affatto indifferente che gli sposi si riferiscano in modo generico alle consuetudini locali o alle leggi a cui non sono soggetti, sia nel loro complesso, sia in alcune parti o solamente in alcune disposizioni delle medesime. [1] Nulla però vieta agli sposi di regolare nel contratto di matrimonio i loro interessi pecuniari, giusta le

---

[1] Duranton, XIV, 3; Troplong, I, 138; Duvergier sur Toullier, XIII, 7; Marcadé, art 1390-1393, I; *contro* Toullier, loc. cit.

consuetudini locali o le leggi a cui non sono soggetti; ma per ciò fare efficacemente, debbono tradurvi le disposizioni nella forma di patti da essi stipulati; dicendo per esempio, non già *per quanto concerne la responsabilità della dote, ci riferiamo al* § *1229 del Codice austriaco;* sibbene: *la dote dopo la morte del marito ritornerà alla moglie,* siccome appunto è disposto nel § citato. [1] Tali disposizioni però non potranno convertirsi dagli sposi in patti propri, se non in quanto questi patti siano loro permessi; così gli sposi non potranno adottare con veruna formola per quanto specifica, il regime della comunione del diritto francese; non essendo permessa dal nostro diritto che la comunione degli utili (art. 1433). In senso inverso gli sposi possono stipulare in modo generico che il loro matrimonio sia regolato dalla legge italiana alla quale sono legalmente sottoposti (arg. *a contr.* art. 1381).

Al contrario non possono formare oggetto del contratto di matrimonio i diritti personali che il matrimonio genera nei rapporti dei coniugi fra loro, e fra questi e i loro figli. Quindi primieramente non possono formarne oggetto i diritti che per virtù del matrimonio appartengono al capo di famiglia (articolo 1379); perciò non può convenirsi che la moglie non segua la condizione civile del marito; che non ne assuma il cognome; che non sia obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza; [2] parimente non può dal marito rinunziarsi al diritto di autorizzare la moglie negli atti pe' quali è richiesta l'autorizzazione di lui; non può pattuirsi che l'esercizio della patria potestà appartenga alla moglie e non al marito, e di conseguenza che quella e non questi

---

[1] Marcadé, art. 1390-1393, I; Mourlon, III, 11; Aubry e Rau, tom. cit. § 504, pag. 272-273.

[2] Se il marito, abusando delle sua autorità maritale, volesse condurre la moglie in un luogo fatale alla salute di lei, o in cui sarebbe gravemente offeso il suo pudore, i tribunali potrebbero dispensarla dal seguirlo (vedi Marcadé, art. 1387-1389, III e IV); chè anzi questi fatti potrebbero autorizzare la moglie a dimandare la separazione personale (Vedi art. 152).

debba regolare l'educazione civile, morale e religiosa dei figli;[1] che essa sola possa consentire al matrimonio dei figli, e rappresentare i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili ed amministrarne i beni. Secondariamente non possono formare oggetto del contratto di matrimonio i diritti che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge (art. 1379); perciò non può rinunziarsi dall'uno al diritto di esigere dall'altro assistenza, ed alimenti; di dimandare la separazione personale per le cause stabilite dalla legge; nè può pattuirsi fra loro che in mancanza del marito, non spetti alla moglie la patria potestà; nè può rinunziarsi al diritto dell'usufrutto legale da quello dei genitori al quale spetterà per virtù della potestà patria, sia a favore dell'altro, dei figli, sia a favore dei terzi.[2]

Infine gli sposi non possono derogare nel contratto di matrimonio alle disposizioni proibitive contenute nel Codice civile (art. 1379); quali sono quella dell'articolo 1034, giusta la quale i coniugi non possono durante il matrimonio farsi l'uno all'altro alcuna liberalità per atto fra vivi; quella dell'articolo 1433 sopra ricordata, per la quale non è permesso agli sposi di contrarre altra comunione universale de' beni, fuorchè quella degli utili; quella dell'articolo 1440 alinea, secondo la quale non può stipularsi che uno dei coniugi debba contribuire nel passivo una maggior parte di quella che fosse per avere nell'attivo della comunione; quella finalmente dell'articolo 1441, in forza della quale gli sposi non possono stipulare che la comunione de' beni che avessero contratto, si possa sciogliere per altre cause fuori di quelle numerate nel detto articolo e che sono la morte di uno dei coniugi, l'assenza dichiarata, la separazione personale definitiva e la separazione giudiziale dei beni.

---

[1] Marcadé, loc. cit. — È destituita di ogni efficacia civile anche la convenzione che le figlie siano educate nella religione della madre, e i figli in quella del padre (Vedi Duranton, XIV, 24; Taulier, V, 19; Troplong, I, 61; Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 266).

[2] Vedi Lib. I, n. 557; Toullier, XII, 15; Demolombe, VI, 490 e 491; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 265; Marcadé, art. 1387-1389, VII.

CAPO II.

DELLA DOTE

SOMMARIO

195. Che cosa sia la dote — Quali beni possano essere costituiti in dote — Se e quando la costituzione di dote s'intenda fatta o no colla deduzione dei debiti — La costituzione di dote può rimettersi all'arbitrio di un terzo? — Degl'interessi della dote — Il titolo della dote è lucrativo od oneroso?

196. Chi possa costituire la dote — La sposa può a sè costituirla? — È a ciò obbligata? — I genitori non sono tenuti a costituirle la dote — Conseguenze rispetto alla costituzione che ne sia stata fatta da uno di essi o da entrambi; o dal padre per le ragioni anche materne e viceversa.

197. In qual tempo possa costituirsi, aumentarsi o mutarsi la dote sia da terze persone, sia dallo sposo alla sposa, sia da questa a se medesima — La dote costituita per un determinato matrimonio, s'intende o no ricostituita per un secondo matrimonio?

198. Della garantía dei beni assegnati in dote che deve prestarsi dai costituenti — È dovuta dalla moglie? — A chi è dovuta? — In qual tempo ne è esercibile la relativa azione? — Quali regole governano questa garantía.

199. Dei diritti che appartengono al marito sui beni dotali, ove passino in sua proprietà: sono gli ordinari d'ogni proprietario — Quali beni assegnati in dote divengano proprietà del marito — Correlativo carico di lui; diviene debitore del prezzo dei medesimi.

200. Seguito — Diritti del marito sui beni dotali non divenuti proprietà di lui — Ne ha l'amministrazione — Quali poteri egli abbia nella qualità di amministratore — Tali poteri possono esercitarsi dalla moglie, mediante l'autorizzazione del marito o dell'autorità giudiziaria? — Delle obbligazioni che incombono al marito, come amministratore.

201. — Seguito — Dei detti beni il marito ha eziandio il godimento — Natura ed estensione di questo diritto — Può tal diritto esser ristretto per far pervenire alla moglie una parte delle rendite per le sue minute spese e pei bisogni della sua persona? — Può esser ceduto, ipotecato, sequestrato? — *Quid*, se le rendite della dote eccedano i bisogni della famiglia? — *Quid* delle rendite entrate definitivamente a far parte del patrimonio del marito? — Delle obbligazioni che incombono al marito, in correlazione del suo diritto di godimento — È tenuto o no a dar cauzione per la dote che riceve?

202. Dei diritti della moglie sui beni assegnati in dote; secondo che sono rimasti in suo dominio o sono passati in proprietà del marito.

203. Della inalienabilità della dote — Motivi di essa — I coniugi neppure d'accordo possono alienare la dote — La dote non può esser alienata a verun titolo tra vivi — Quali atti sono compresi e vietati sotto la voce alienazione — La dotata può disporre della sua dote, per atto di ultima volontà — Carattere della inalienabilità della dote; è relativa e non assoluta — Conseguenze, rispetto principalmente al carattere della nullità dell'atto, che è del pari relativa — Quale degl'interessati può dimandarla? — *Quid* dei loro creditori? — Quando tale dimanda possa promuoversi sia dal marito, sia dalla moglie — Tale nullità è sanabile colla conferma o colla prescrizione quinquennale.

204. Degli effetti dell'annullamento dell'alienazione dei beni dotali riguardo all'acquirente: è tenuto a farne immediatamente la restituzione — *Quid*, se in buona fede v'abbia fatto dei miglioramenti? — *Quid* dei frutti? — Degli effetti del medesimo riguardo

al marito; è tenuto alla restituzione del prezzo; al risarcimento dei danni — *Quid* se l'acquirente abbia scientemente acquistato una cosa dotale? — Degli effetti del medesimo annullamento riguardo alla moglie.

205. I beni dotali sono anche imprescrivibili — La prescrizione incominciata prima della celebrazione del matrimonio, resta o no sospesa, durante questo?

206. Dell'alienazione od obbligazione della dote per facoltà dai coniugi riservatasi nel contratto di matrimonio — Allora i beni dotali divengono o no soggetti alla prescrizione? — L'anzidetta riserva deve essere interpretata ristrettivamente: conseguenze — All'alienazione e obbligazione della dote non si può procedere se non col consenso d'entrambi i coniugi — L'alienazione della dote può essere stata stabilita sotto la condizione dell'impiego del prezzo — Regole che debbono allora applicarsi, in ordine alla persona e al modo e alle spese di fare l'impiego; e alla nullità dell'alienazione per inadempiuto impiego.

207. Dell'alienazione, obbligazione e riduzione della dote permesse dalla legge per causa di necessità e di utilità — Della esistenza di tal causa è giudice arbitro il tribunale: criteri generici da seguirsi — Si noverano alcune cause di necessità e di utilità — Dell'impiego del prezzo ritratto dall'alienazione fatta per causa di utilità; o sopravanzata al soddisfacimento della necessità per cui l'alienazione medesima è stata fatta — Della riduzione delle ragioni dotali per le medesime cause — Del consenso d'entrambi i coniugi e del decreto del tribunale, che occorrono per procedere ai sopraddetti atti.

208. Dell'alienazione della dote per causa di pubblica utilità — Il principio della inalienabilità della dote, osta a che una sentenza la quale attribuisce ad un terzo, la proprietà dei dotali, disconoscendone la qualità, acquisti l'autorità di cosa giudicata durante il matrimonio?

209. Della restituzione della dote — Per quali cause si possa far luogo alla medesima — La restituzione fatta all'infuora di tali cause, libera il debitore della dote?

210. Quali persone siano tenute alla restituzione della dote — Quali persone possano richiederla — Prova che queste debbono fare della consegna e dell'ammontare della dote — Dei mezzi di tal prova nel caso che la dote sia stata costituita da un terzo: se e sotto quali condizioni la legge dispensa dal far la prova della consegna della dote — Dei mezzi di prova nel caso che la donna siasi costituita la dote.

211. Del modo con cui deve essere restituita la dote — Per regola deve essere restituita in natura — Applicazione di tal regola ai beni immobili; ai beni mobili; *quid* della biancheria e degli oggetti d'abbigliamento della moglie? — Applicazione di tal regola ai crediti e all'usufrutto dotale — Eccezione alla detta regola nel caso che i beni assegnati in dote siano passati in proprietà del marito: allora deve essere restituito ne' congrui casi il prezzo di stima, o altrettanti oggetti o il valore di questi.

212. Con la dote devono restituirsi alla moglie o ai suoi eredi i frutti e gl'interessi — Da qual giorno questi decorrono — Decorrono *ipso iure?* — Se lo scioglimento del matrimonio avvenga per morte del marito; di quali diritti in luogo dei frutti e oltre a questi, la vedova gode? — Del regolamento dei frutti e interessi della dote nell'ultimo anno di matrimonio.

213. Del tempo in cui può esigersi la restituzione della dote; secondo che i beni sono rimasti in dominio della dotata, o sono passati in proprietà della moglie — *Quid* del valore dei beni dotali alienati? — Il debitore della dote è tenuto a prestar garantía per la restituzione della medesima? — Dell'influenza della restituzione della dote sull'affitto dei beni sui quali è stata costituita.

214. Della separazione della dote dai beni del marito. — Chi abbia diritto di dimandarla.

215. In quali casi possa dimandarsi la separazione della dote dai beni del marito: pericolo di perdita: separazione personale ottenuta dalla moglie per colpa del marito.

216. In qual modo debba farsi la separazione della dote dai beni del marito: giudizialmente — A carico di chi siano le spese del giudizio di separazione — Delle formalità di esecuzione alle quali è subordinata la validità della separazione della dote — Chi debba sopportare le spese del pagamento della dote — Del diritto appartenente ai

creditori del marito di reclamare contro la separazione — La sentenza che pronunzia la separazione della dote ha effetto retroattivo al giorno della dimanda.

217. Quali effetti produca la separazione della dote dai beni del marito. La moglie ricupera la libera amministrazione e il godimento di quella. Dovrà contribuire alle spese della famiglia? — *Quid iuris*, se la moglie lasci al marito l'amministrazione e il godimento della dote? — La separazione rende alienabile la dote? — Reintegra la moglie nella sua piena capacità?

195. La dote consiste in quei beni che la moglie od altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio (art. 1388). [1] La dote perciò non può essere costituita che in considerazione del matrimonio; anzi in questo ha la sua ragione di essere. Perciò da una parte la sua costituzione trovasi necessariamente subordinata alla condizione tacita di un susseguente matrimonio valido; [2] dall'altra parte la dote medesima dev'essere restituita a chi di ragione, sciolto che sia il matrimonio. [3]

I beni di cui la moglie conserva la proprietà e il godimento chiamansi parafernali.

I beni che la donna la quale si marita possiede nel tempo della celebrazione del matrimonio, o che in appresso acquista, non divengono dotali di pien diritto; è necessario un atto che loro attribuisca tale carattere in maniera espressa o tacita. [4] La costituzione tacita della dote può risultare virtualmente o implicitamente da qualsiasi clausola o enunciazione atta a manifestare la volontà che ella ha, di costituirsi tutti o parte dei suoi beni in dote; per esempio se la donna siasi riservati dei beni parafernali, s'intende che tacitamente siasi costituiti gli altri in dote; [5] molto più debbono intendersi costituiti in dote

---

[1] Vedi Leg. 3, § 2, 8; Leg. 32, § 16; Leg. 53 princ. D. de iure dot. XXIII, 3. — Nel diritto patrio non ha punto luogo la distinzione romana della dote in *profettizia* e avventizia, neppure relativamente alla restituzione della medesima.

[2] Paulus, II, 21, § 1 in fine; Inst. § 12 princ. de nupt. I, 10; Leg. 3 e 7, § 3; Leg. 8 in fine; Leg. 9 princ.; Leg. 21, 39, § 1; Leg. 43 princ. D. eod.

[3] Leg. 30, C. de iure dot. V, 12; Leg. unica, § 6, C. de rei uxor. act. V, 13.

[4] Leg. 9, § 2; Leg. 13, 30 e 40, D. eod.

[5] Duranton, XV, 336 e 337; Tessier, I, 11 e 35; Troplong, IV, 3029 e 3031; Mourlon, III, 344; Marcadé, art. 1541, I; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 527-528.

i beni di cui sia stato concesso al marito il godimento. Al contrario non basterebbe a produrre tale effetto la dichiarazione fatta nel contratto di matrimonio che gli sposi adottano per legge regolatrice dei loro interessi pecuniari quella della dote; nè la facoltà conferita al marito di amministrare i beni di lei (art. 1388 cong. coll'art. 1425). [1] Non importa neppure costituzione di dote la clausola con cui lo sposo siasi obbligato di rinvestire le somme appartenenti alla sposa. [2] Infine i beni donati a questa anche da un estraneo nel contratto nuziale non si reputano dotali. [3] Le stesse regole sono applicabili congruamente alla costituzione di dote che si faccia da un terzo.

Può essere costituita in dote ogni specie di beni (art. 1389).[4] I terzi o i parenti della sposa non possono costituirle in dote che i loro beni presenti (arg. art. 1064 e arg. *a contr.* art. 1389); e possono darle in dote la totalità o una parte dei beni presenti, oppure un oggetto determinato (art. e arg. art. 1389). Ma la donna può costituirsi in dote anche i suoi beni futuri, sia in tutto sia in parte (art. 1389). La costituzione della dote sui beni presenti, comprende quelli che nel momento della stipulazione del contratto nuziale già le appartengono e quelli sui quali abbia un diritto eventuale ma purificabile a favor suo con effetto retroattivo; qual è per esempio un fondo acquistato sotto condizione sospensiva, o alienato sotto condizione risolu-

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Dot, § 2, n. 12; Benoît, De la dot, I, 4 e Des biens paraphernaux, VII; Toullier, XIV, 357 e 358; Tessier, De la dot, 32; Duranton, XV, 336; Marcadé, art. 1541, II; Aubry e Rau, V, § 533 bis, pag. 528.

[2] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 529.

[3] In diritto francese è disposto il contrario dell'articolo 1541; tale disposizione è giustificata con la considerazione che deve presumersi fatta la donazione alla sposa, perchè possa concorrere a sostenere i pesi matrimoniali; ma questa ragione non ha valore nel diritto patrio, di fronte alla disposizione dell'art. 138 alinea. D'altra parte senza una formale disposizione di legge che imponga il voler suo, come possono considerarsi destinati a titolo dotale i beni che vengono semplicemente donati?

[4] Vedi Leg. 4, D. de iure dot.; Leg. 17 e 18, C. eod.

tiva. [1] La costituzione poi della dote sui beni futuri, comprende tutti gli acquisti che dal momento di detta stipulazione al giorno dello scioglimento del matrimonio la donna faccia a titolo gratuito; eccettuati quelli che avendo luogo con effetto retroattivo, debbono comprendersi fra i beni presenti. Comprende eziandio, secondo l'opinione più comune e probabile, i benefizi che nello stesso intervallo la donna ritragga dall'esercizio di una industria personale o di un commercio distinto e indipendente da quello del marito. [2]

La costituzione di dote deve essere interpretata ristrettivamente, in ordine ai beni che ne formano l'obbietto. Quindi la costituzione di dote espressa in termini generici di tutti i beni della donna non comprende i beni futuri (art. 1389 alinea). Del pari la costituzione della dote, sia dei beni presenti sia dei beni futuri, deve reputarsi fatta colla deduzione dei debiti che gravano sui medesimi, giusta la regola comune: *bona non sunt, nisi deducto aere alieno*. Perciò il marito non può pretendere che sua moglie li paghi coi beni parafernali. [3] Ma al contrario la costituzione della dote in uno o più oggetti particolari, non s'intende fatta sotto la deduzione di alcun debito; in forza dell'altra massima: *patrimonii, non certarum rerum, aes alienum onus est.* [4]

---

[1] Consulta, tenendo però conto delle relative differenze fra il diritto francese e il patrio, Duranton, XV, 349; Rodière et Pont, III, 1656; Aubry e Rau, V, § 534, pag. 531.

[2] Consulta Sériziat, n. 36 e 321; Rodière et Pont, III, 1975; Taulier, V, pag. 233 e 382; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 532 testo e nota 7. Ma Troplong (IV, 3016) e Marcadé (art. 1540 e 1541, n. 2) sono d'avviso che l'industria della moglie torni per se medesima un bene compreso perciò nella costituzione generale della dote, e i cui profitti perciò appartengono al marito senza obbligo di restituzione. Demolombe poi (IV, 315 e 316) reputa al contrario che l'industria è una proprietà talmente personale alla moglie che i proventi di essa neppure si possono ritenere compresi nella costituzione della dote su tutti i beni futuri.

[3] Consulta Duranton, XV, 353; Troplong, IV, 3053; Marcadé, art. 1542 e 1543; Aubry e Rau, tom. cit. § 534, pag. 534.

[4] Duranton, XV, 353; Troplong, IV, 3053; Marcadé, art. 1542-1543, I.

Del resto conformemente ai principî generali di diritto, l'oggetto della costituzione di dote può esser rimesso all'arbitrio d'un terzo: allora la designazione che questi faccia, determina quale cosa debba aversi per costituita effettivamente in dote. Giusta i medesimi principî, la costituzione di dote può farsi sopra più oggetti in modo alternativo e facoltativo; allora si avrà per costituita effettivamente la dote, nel primo caso, sopra l'oggetto che sceglierà colui al quale la scelta appartiene, e nel secondo caso sopra quello che il promittente pagherà. [1]

La dote, atteso il suo special favore, produce di diritto gl'interessi dal giorno del matrimonio, quantunque siasi pattuita una dilazione al pagamento; semprechè non vi sia stipulazione in contrario che sarebbe perfettamente valida e dovrebbe perciò osservarsi, derogando ad una legge d'interesse meramente privato (art. 1397). Se però alla scadenza del termine, la dote non sia pagata, gl'interessi incominciano tantosto a correre di diritto. [2] Nulla rileva che sia stata assegnata in dote una somma di danaro, o altro obbietto producente frutti naturali o civili. Ma se sia stata assegnata in dote cosa che non produca frutti, per esempio, un credito infruttifero, l'anzidetta regola vien meno, e non può esser quindi preteso veruno interesse contro il costituente. [3]

Se le cose assegnate in dote non producono frutti nè naturali, nè civili, la mora nel consegnarle non può dar luogo che al risarcimento dei danni, giusta il diritto comune. [4]

Gl'interessi della dote sono soggetti alla prescrizione quinquennale stabilita dall'articolo 2144; non bastando la lor causa favoritissima a sottrarli alla disposizione del citato articolo. [5]

---

[1] Marcadé, art. 1542 e 1543, I.

[2] Aquila, 18 marzo 1869, A. III, 2, 331; C. C. Napoli, 17 novembre 1870, A. IV, 1, 54.

[3] Troplong, II, 1255; Benoît, I, 158; Rodière et Pont, I, 128; Aubry e Rau, tom. cit. § 500, pag. 227; *contro* Toullier, XIV, 97.

[4] Troplong, II, 1256; Rodière et Pont, Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Troplong, De la prescription, II, 1025; Rodière et Pont, I, 131; Aubry e Rau, loc. cit. pag. 49.

Nel dubbio la costituzione virtuale o implicita della dote deve escludersi, essendo più favorevole la libertà dei beni, come parafernali, e più utile alla donna aver beni parafernali anzichè dotali.[1]

Il titolo della dote è incontrastabilmente lucrativo riguardo a colui che la costituisce, e alla donna che la riceve; perocchè quegli dà senza obbligo, senza ricevere corrispettivo di sorta; è a titolo oneroso pel marito; inquantochè la riceve per sostenere i pesi del matrimonio.[2] Ma se la donna costituisca la dote a se medesima, il titolo della dote è oneroso eziandio a suo riguardo; in quanto almeno ha un corrispettivo di ciò che dà, nell'obbligazione del marito di sostenere i pesi del matrimonio.[3] Di conseguenza fra le altre cose, i creditori del terzo che costitui la dote alla donna, possono esperimentare l'azione pauliana contro la donna, senza provare che questa abbia partecipato alla frode (art. 1235);[4] mentre al contrario dovrebbero fare tal prova contro il marito.[5] Del pari i vantaggi che il marito abbia ritratto dai beni dotali non sono soggetti a riduzione neppure a favore dei figli avuti da sua moglie da un precedente matrimonio. Infine revocata la costituzione di dote per frode del costituente tentata a danno dei suoi creditori, il marito non partecipe di questa frode, non perde il godimento dei beni dotali, durante il matrimonio.[6]

196. La dote può essere costituita dalla donna che si marita a se medesima; e può esserle costituita da persone estranee, da'parenti o dai genitori, come ordinariamente avviene.

---

[1] Consulta Tessier, I, pag. 36, nota 52, pag. 95, nota 160 e 162; Troplong, IV, 3039 e seg.; Rodière et Pont, III, 1662; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Vedi Leg. 7, D. de iure dot.; Leg. 20, C. eod.; consulta intorno a questa e alle seguenti proposizioni, C. C. Torino, 5 settembre 1866, A. I, 1, 108, e note quivi.

[3] Leg. 25, D. quae in fraud. credit.; Marcadé, art. 1440, I; Mourlon, III, 338-341; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Vedi sopra n. 98.

[5] Leg. ult. § 1, D. quae in fraud. cred. XLII, 8; Mourlon, III, 340; Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Marcadé, art. 1547, II; Mourlon, III, 340 e 341.

Ma nè la donna verso il marito, nè i genitori verso di lei, hanno obbligo civile di costituzione di dote (arg. art. 132, e art. 147); [1] deve però riconoscersi che ne abbiano un dovere morale, sufficiente a impedire la ripetizione della dote costituita per errore. [2]

La costituzione della dote fatta scientemente da chicchessiasi ha per sua causa sufficiente lo spirito di liberalità: la cosa stessa dicasi della promessa di una dote determinata.

La dote costituita dal padre, dalla madre, o da uno di essi deve prendersi dal loro patrimonio; ancorchè la figlia dotata abbia beni propri; ciò è vero anche nel caso in cui i genitori abbiano dichiarato di costituir la dote con beni propri e con beni della figlia; perciocchè è sempre vero che le convenzioni non obbligano se non il promittente (art. e arg. art. 1349). Nulla rileva del resto che al dotante appartenga o no l'usufrutto sui beni della figlia (art. 1394). Queste regole però in tanto sono applicabili, in quanto non esiste stipulazione in contrario (art. 1394).

Ma se il genitore superstite costituisce una dote sui beni paterni e materni, senza specificarne le porzioni, la dote si prende primieramente sopra i diritti spettanti alla futura sposa nei beni del genitore premorto, e il rimanente sopra i beni del costituente (art. 1293). Nè a questo riguardo deve distinguersi, se la porzione spettante alla figlia dotata sulla successione del genitore predefunto, sia maggiore o minore della metà della dote. Chè se il medesimo abbia costituito la dote soltanto sui beni del predefunto o abbia specificato le parti in cui intendeva costituirla su quelli e sui propri, e i beni del predefunto non siano sufficienti a pagare la dote per intero o nella parte che su essi fu costituita, il rimanente deve pren-

---

[1] L'obbligazione civile di dotare, che secondo il diritto romano gravava sul padre e in mancanza sull'avo paterno, e sussidiariamente sulla madre della sposa priva di beni, non può sussistere nel diritto patrio in presenza dell'articolo 147.

[2] Vedi sopra n. 4.

dersi parimente sopra i beni del costituente, presumendosi che questi, che meglio degli sposi doveva conoscere le forze del patrimonio del predefunto, abbia voluto soddisfare al suo dover morale di dotare, per quanto quel patrimonio era insufficiente al pagamento della dote costituita. [1]

Se il padre e la madre che ha beni stradotali, costituiscono unitamente una dote senza distinguere la parte di ciascuno, la dote s' intende costituita in parti eguali da ambidue; perchè giusta i principî generali di diritto, qualunque obbligazione s' intende assunta da più in parti eguali, se non sia di sua natura solidaria o non sia stata pattuita la solidarietà (art. 1392). Quindi l' uno de' costituenti non è garante della parte di dote che si deve dall' altro; e se la dote costituita unitamente dal padre e dalla madre, sia pagata per intiero dall' uno dei due, questi diviene creditore dell' altro per la metà della dote. [2]

Ove i genitori nel costituire unitamente la dote alla loro figlia, convengono che s' intenda costituita per intero e in anticipazione della successione del primo di loro che morrà, o che (la qual cosa vale lo stesso) debba imputarsi per intero sulla quota che spetterà alla figlia sulla medesima successione; deve ritenersi che il genitore superstite non abbia concorso alla costituzione della dote e che questa sia per intero a carico del solo predefunto, come se egli solo l' avesse costituita. [3] Ne deriva in primo luogo che se il padre o la madre muoia prima di aver pagato la dote, la figlia dotata non avrà azione che contro la successione del predefunto. Secondariamente, ove l' abbia conseguita in vita loro, dovrà conferirla nella successione di quello de' due che primo morrà; salvochè rinunci a questa; nel qual caso però non potrà ritenere la dote che sino

---

[1] Tessier, I, 135; Benoît, I, 57; Rodière et Pont, 1, 100; Marcadé, articoli 1545 e 1546, II; Mourlon, III, 355; Aubry e Rau, V, § 500, pag. 225.

[2] Troplong, II, 1233 e seg.; Rodière et Pont, I, 101; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 223.

[3] Toullier, XII, 336; Duranton, XV, 366; Rodière et Pont, I, 107; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 225.

alla concorrenza della porzione disponibile;[1] nè dall'altro canto avrà azione contro il genitore superstite, ove soffra diminuzione nella dote, per effetto della collazione o della rinunzia alla successione, in quanto dessero luogo a riduzione della medesima. Infine se la dote sia stata pagata dal genitore superstite, questi avrà diritto al rimborso sulla successione del predefunto.[2] Ma nonostante questa convenzione, i genitori che hanno unitamente costituita la dote, sono ambedue tenuti in vita loro a pagarla in porzioni eguali; in correlazione, la figlia dotata può costringere l'uno e l'altro al pagamento della rispettiva quota; è salvo però il diritto di rimborso a favore del coniuge superstite sulla successione del predefunto.[3]

La costituzione di dote fatta dal solo padre non obbliga la madre, benchè quegli abbia dichiarato di costituirla per diritti paterni e materni, e la madre sia stata presente al contratto; perciò la dote resta per intero a carico del padre; perciocchè come or ora pur notavo le convenzioni non obbligano che il promittente. D'altra parte la sola presenza della madre al contratto nuziale non può assimilarsi ad un mandato, specialmente ove si consideri che da una parte tale presenza di lei è giustificata da tale solennità domestica, e dall'altra le sarebbe bene agevole di prendere giuridicamente parte alla costituzione di dote. Infine è provvido l'esigere una formale dichiarazione della volontà di lei, perchè sia eliminato il pericolo che la moglie acconsenta in silenzio alla costituzione della dote e non vi contraddica per la sua dipendenza dal marito (art. 1395).

Parimente in forza delle due prime ragioni, la costituzione di dote fatta a favore della figlia dalla sola madre con la stessa dichiarazione e presente ed autorizzante il marito, rispettivamente padre, non obbliga questo.[4]

---

[1] Toullier, Aubry e Rau, loc. cit.; Tessier, I, 140.
[2] Aubry e Rau, loc. cit.
[3] Consulta Rodière et Pont, I, 99; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 226.
[4] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 224.

197. Del resto qualunque persona può a favore di una donna costituire od aumentare la dote prima o durante il matrimonio (arg. *a contr.* art. 1391 e art. 1398 alinea); [1] può in specie farle donazioni o legati sotto la condizione che i beni donati o legati siano dotali, benchè la dote sia stata costituita soltanto sopra i beni presenti della medesima. [2] Molto più, quegli che a titolo gratuito per atto tra vivi o a causa di morte disponga dei beni a favore della moglie, può lasciarne l'usufrutto al marito.

Al contrario la dote non si può costituire dai coniugi durante il matrimonio, cioè nè il marito alla moglie, nè questa a se medesima può costituirla per i medesimi motivi per cui è proibita fra loro la donazione, e la modificazione delle convenzioni matrimoniali (art. 1391).

Per i medesimi motivi essi non possono aumentare la dote costituita prima del matrimonio (art. 1391): ogni convenzione in contrario sarebbe nulla.

Tale divieto però non colpisce gli accrescimenti naturali che i fondi dotali ricevessero, come le alluvioni che accessori, sarebbero dotali come i fondi principali; perocchè è vietato non l'aumento della dote, ma che questo proceda dai coniugi. Anzi non colpisce neppure gli accrescimenti artificiali, quali le costruzioni e le piantagioni fatte dal marito sui fondi dotali, divenendo anch' essi dotali, salva però la disposizione dell'articolo 450. [3] Infine non colpisce l'usufrutto, di cui i fondi medesimi erano gravati, e che estinto vada a riunirsi alla nuda proprietà. [4]

---

[1] Doveri, II, 261, nota I.

[2] In diritto francese si decide quasi unanimemente che, in questa ipotesi, la condizione si avrebbe per non opposta, come contraria alla legge. E veramente quivi la disposizione dell'articolo 1543 è generale ed assoluta, mentre il nostro articolo 1391 limita il divieto ai coniugi.

[3] Dovendo la moglie in forza dell'articolo 450 pagare al marito il *quod minus inter impensum et melioratum*, per conservare dette accessioni, è evidente che il suo patrimonio non riceve effettivo accrescimento col mezzo dei beni del marito.

[4] Vedi il mio Trattato della dist. de' beni ecc. n. 237; Leg. 4, D. de iure dot. XXIII, 3; Proudhon, De l'usufr. IV, 1923, 2011 e 2683; Troplong, IV, 3037;

La dote non si può neppure diminuire durante il matrimonio per effetto del divieto di mutare le convenzioni matrimoniali (art. e arg. art. 1405). Quindi i coniugi nè con convenzione stipulata fra loro, nè con convenzione stipulata con terzi, possono togliere la qualità di dotali a quei beni che l'abbiano per virtù del contratto di matrimonio. Chè anzi se la donna siasi costituiti in dote anco i beni futuri, i suoi ascendenti donando o disponendo per testamento a favore di lei, non possono validamente apporre la condizione che la legittima che le devono rimanga stradotale; questa condizione però sarebbe valida per la quota disponibile. Molto più poi questa condizione sarebbe validamente apposta all'intera liberalità fatta alla donna maritata da persona non obbligata a lasciare la legittima alla medesima.[1] Tuttavia per causa di necessità o di utilità possono ridursi o restringersi le ragioni dotali (art. 1405).[2]

Da ultimo non può cambiarsi la natura della dote; non solo per quei motivi pe' quali non è permesso verun mutamento nelle convenzioni matrimoniali, ma eziandio per interesse dei terzi, attesa l'inalienabilità della medesima. Adunque la dote costituita in denaro non può durante il matrimonio, convertirsi in dote di specie.[3]

Del pari l'immobile acquistato col danaro dotale non diviene dotale (art. 1403).[4] Nè basterebbe a renderlo dotale la dichiarazione inserita nell'atto di acquisto che con questo si è fatto l'impiego del danaro dotale, e che la donna ha consentito in

---

Benoît, De la dot, I, 67; Marcadé, art. 1542 e 1543, II; Sériziat, Traité du régime dotal, n. 223; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 535.

[1] Duranton, XV, 490; Troplong, IV, 3065; Demolombe, IV, 171; Marcadé, art. 1543, III; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 536; *contro* Benoît, Des paraphernaux, I, 28; Rodière et Pont, III, 1679.

[2] Vedi appresso n. 251.

[3] Consulta Brescia, 29 aprile 1868, A. II, 2, 622.

[4] Questo articolo è scritto nella sezione II, che ha per oggetto i diritti del marito sulla dote e l'alienazione dei beni dotali. Ma evidentemente v'è fuori di posto (Consulta Brescia cit.).

tale impiego. [1] Questo immobile apparterrà di regola al marito; perocchè suo è il denaro dell'acquisto; ma se egli fece l'acquisto in esecuzione del mandato avutone dalla moglie, o questa lo ratificò, l'immobile apparterrà come stradotale alla moglie la quale peraltro rimarrà o diverrà debitrice del denaro dotale verso il marito. [2]

Medesimamente non diviene dotale l'immobile dato per pagamento della dote costituita in danaro; salvochè nel contratto di matrimonio sia stato stipulato questo modo di pagamento (art. 1403 alinea). Non deve distinguersi, se l'immobile sia stato dato in pagamento in luogo del denaro da un estraneo o da un ascendente della donna medesima. [3] Esso immobile apparterrà alla donna, come parafernale, se il pagamento sia stato fatto a vantaggio di lei e da lei sia stato accettato; essa però resta debitrice della dote in denaro verso il marito; altrimenti apparterrà a questo che peraltro diviene allo stesso modo debitore della dote in denaro verso la moglie. [4]

Del pari gl'immobili che la donna maritata trovi nella successione di colui che le costituì la dote in denaro e che in vita sua non la pagò, non saranno dotali, sibbene parafernali.

Da ultimo gl'immobili consegnati o dalla moglie o da un terzo al marito di lei in luogo di quelli assegnati in dote ed evitti, non divengono dotali; ma quelli della moglie rimangono parafernali; e quelli dati da un terzo apparterranno alla moglie parimente come parafernali, ove il pagamento sia stato fatto a vantaggio di lei e da lei accettato; altrimenti apparterranno al marito, che però diviene debitore del valore dei beni evitti.

---

[1] Merlin, Rép. v° Dot, § 15; Duranton, XV, 425; Troplong, IV, 3181; Aubry e Rau, IV, 4541.

[2] Duranton, XV, 426; Troplong, IV, 3198; Marcadé, art. 1553, IV.

[3] Duranton, XV, 433; Tessier, I, 242 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 537.

[4] Consulta Toullier, XIV, 149; Duranton, XV, 433 e seg.; Troplong, IV, 3195; Marcadé, art. 1551-1553, III.

Sugl' immobili però divenuti parafernali della donna in qualunque dei sopraddetti casi, appartiene al marito il diritto di godimento, sino alla concorrenza degl'interessi della dote; sotto tale riguardo perciò hanno un valore dotale. [1]

Ma la regola che la dote non può trasformarsi durante il matrimonio, è soggetta ad eccezioni fondate sopra di una finzione di surrogazione, in forza della quale reputasi che beni non dotali prendano il luogo e la qualità di dotali. Queste eccezioni sono sei, cioè:

1° L'immobile acquistato col denaro dotale diviene dotale, se nel contratto di matrimonio è stata stipulata la condizione dell'impiego; invero in questa ipotesi l'oggetto della costituzione di dote non è veramente il denaro, ma l'immobile che con esso deve acquistarsi (art. 1403). [2] Se nel contratto di matrimonio fu determinata la natura dei beni da acquistare col denaro dotale, essi non divengono dotali che in quanto siano di tal natura. Del resto è indifferente che il denaro derivi direttamente dalla costituzione della dote, o dall' alienazione di beni dotali, permessa nel contratto di matrimonio sotto la condizione dell'impiego (art. e arg. art. cit.); [3]

2° Il denaro ritratto dalla vendita del fondo dotale fatta per necessità e sopravanzato a questa è dotale, e diviene dotale l'oggetto acquistato per impiego del medesimo (art. 1405 e 1406 alinea 1°). La stessa decisione è applicabile nel caso in cui la vendita sia stata fatta per evidente utilità (art. cit.); [4]

3° Il fondo ricevuto in permuta, debitamente autorizzata, in luogo del dotale diviene dotale di diritto per l'intiero o sino alla concorrenza del valore del fondo dotale. Se invece essendo minore il valore del fondo ricevuto in permuta, la dotata riceve

---

[1] Troplong, IV, 3195; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 537.

[2] Consulta Duranton, XV, n. 27 e seg.; Benoît, I, 110; Troplong, IV, 3198; Marcadé, art. 1551-1553, III.

[3] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 539-540.

[4] Troplong, IV, 3488; Taulier, V, 322; Rodière et Pont, III, 1850; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 540; *contro* Tessier, I, pag. 266; Odier, III, 1313.

il supplemento in denaro, anche questo è dotale e l'oggetto che si acquistasse per impiego del medesimo (art. 1406);[1]

4° Gl'immobili che nella divisione della successione di colui che costituì la dote, sono attribuiti alla dotata in luogo di quelli già assegnatile in dote ed ora conferiti nella massa ereditaria, divengono dotali sino alla concorrenza del valore di questi.[2] E ove siale attribuito del denaro per supplemento della sua quota ereditaria, e il valore dei beni dotali superi quello dei beni assegnatile nella divisione, è dotale anche il denaro per la differenza e diviene dotale il fondo che con esso sia acquistato;

5° Il denaro ricevuto dalla donna in conseguenza della licitazione del fondo dotale, appartenuto per indiviso ad essa e ad un terzo, è dotale; e dotale diverrà eziandio il fondo che si acquistasse per l'impiego del medesimo: è indifferente che il fondo sia stato aggiudicato al comproprietario o ad altra persona;[3]

6° Da ultimo il prezzo proveniente dall'espropriazione del fondo dotale per causa di pubblica utilità, è dotale, e dotale diviene il fondo acquistato per impiego del medesimo. La cosa stessa dicasi del prezzo ritratto per lo stabilimento di una servitù legale di passaggio e di acquedotto o per la vendita della metà di un muro divisorio di un edifizio o di un fondo dotale.[4]

In tutte queste ipotesi il fondo acquistato per impiego del denaro dotale, non diventa dotale che sotto queste due condizioni, cioè; *a)* che nell'atto di acquisto sia fatta dichiarazione dell'impiego; *b)* che questo impiego sia riconosciuto dalla dotata.[5]

---

[1] Consulta Toullier, XIV, 223; Troplong, loc. cit. e 3598; Marcadé, articolo 1559; Rodière et Pont, III, 1846; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 541.

[2] Vedi Troplong, IV, 3512; Rodière et Pont, III, 1686; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Merlin, Rép. v° Remploi, 552, n. 7; Troplong, IV, 3512; Aubry e Rau, pag. 541-542.

[4] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 542 testo e nota 38.

[5] Consulta Duranton, XV, 427 e seg.; Benoît, I, 110; Troplong, IV, 3198; Marcadé, art. 1551-1553, III; Sériziat, n. 117; Taulier, V, 273 e 274; Aubry

Importa ancora di considerare altre ipotesi all'effetto di determinare quali beni nelle medesime siano dotali. Ove una quota di un'eredità o di universalità di beni posseduti dalla donna in comune con altre persone sia stata costituita in dote, o sia stata compresa nella costituzione in dote dei beni presenti e futuri, divengono dotali i beni che nella divisione saranno assegnati alla medesima; e se la dote sia stata costituita sopra i beni mobili od immobili, non diverranno dotali che i primi o i secondi compresi nella parte toccata alla dotata nella divisione, quantunque degli uni o degli altri abbia avuto una porzione maggiore di quella che le sarebbe spettata. [1] Se la donna siasi costituita in dote la parte che le spetta di un immobile, posseduto da essa in comune con altri e se ne renda aggiudicataria, esso non diviene dotale che in proporzione della parte che le spettava; pel resto è parafernale. [2] Nulla rileva che la dote sia stata costituita su tutti i beni presenti, o su questi ed i futuri e che la donna siasene resa aggiudicataria col denaro dotale; perciocchè anche in questi due casi l'immobile diviene dotale soltanto per la parte che alla donna apparteneva, in forza del principio che la dote non può essere trasformata durante il matrimonio. Se però il denaro dotale doveva essere impiegato, allora è divenuta dotale anche quella parte, in quanto si è acquistata per siffatto impiego. [3]

La dote costituita in un matrimonio, sia dalla donna a se medesima, sia da estranei o da parenti a lei, non s'intende

---

e Rau, tom. e § cit. pag. 539 testo e nota 31; *contro* Merlin, Rép. v° Dot, § 10; Toullier, XIV, 152; Tessier, I, pag. 220; Odier, III, 1194-1196; Rodière et Pont, III, 1695 e 1696; in quanto negano che sia necessaria la seconda condizione.

[1] Vedi Duranton, XV, 351; Troplong, IV, 3050; Marcadé, art. 1542 e 1543, I; Aubry e Rau, tom. cit. § 534, pag. 542.

[2] Duranton, XV, 361; Troplong, IV, 3050; Marcadé, art. 1542 e 1543, I; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Vedi sul primo caso Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 543 testo e nota 42, e Marcadé, loc. cit.; *contro* Duranton, loc. cit.; Troplong, IV, 3051 e 3052; e pel secondo caso Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 544 nota 43; *contro* Duranton, Troplong, e Marcadé, loc. cit.

tacitamente ricostituita nel secondo o ulteriore matrimonio, a cui essa in seguito passi (art. 1390).

198. Qualunque persona è tenuta a garantire i beni sopra i quali l'ha costituita: ciò esigendo e il favore del matrimonio, e il titolo dei pesi matrimoniali pei quali è data (art. 1396). Nulla rileva che i beni assegnati in dote, siano corporali od incorporali.

La garantía è dovuta dalla stessa donna che si costituisce in dote una o più cose determinate; ma se sia in dote l'universalità o una quota dei suoi beni, tale garantía non ha luogo; perciocchè l'una o l'altra s'intende assegnata in dote, qual è.[1]

La garantia dei beni assegnati in dote ad una donna dai suoi genitori o da altri congiunti od anche da un estraneo, è dovuta a lei e al tempo stesso a suo marito.[2] Se la donna abbia costituito a se medesima la dote, è tenuta per la garantia verso il marito.

L'azione di garantia può esercitarsi non solo durante il matrimonio, ma anche dopo lo scioglimento di questo, e non solo dal coniuge superstite, ma eziandio dagli eredi del defunto, quand'anche estranei; perciocchè essa non è inerente alle persone dei coniugi medesimi. È affatto indifferente che esistano o no figli dei medesimi.[3]

Del resto le regole della garantía dovuta nel contratto di compra e vendita, debbono applicarsi per analogia alla garantía dovuta per la dote; per quanto lo consente il soggetto, e specialmente tenuto conto che per la costituzione della medesima non si paga prezzo.[4]

199. Passiamo ora a parlare dei diritti che appartengono al marito sui beni dotali.

---

[1] Consulta Rodière et Pont, I, 124; Aubry e Rau, V, § 500, pag. 228.

[2] Duranton, XV, 296; Troplong, II, 2249; Marcadé, art. 1440, II; Rodière et Pont, I, 112; Aubry e Rau, V, § 500, pag. 228-229.

[3] Duranton, XV, 375; Troplong, II, 1250 e 1251; Benoît, I, 80; Rodière et Pont, I, 112; Aubry e Rau, tom. cit. § 500, pag. 228.

[4] Marcadé, art. 1440, II; Mourlon, III, 335; Rodière et Pont, I, 119; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 229.

Quanto a quelli che divengono proprietà di lui, esso vi ha i diritti di ogni altro proprietario, i diritti cioè di goderne e di disporne.

Dei beni assegnati in dote divengono proprietà del marito primieramente le cose fungibili che si consumano con l'uso, in forza del quasi usufrutto che a lui appartiene sulle medesime: la cosa stessa dicasi delle cose destinate per natura loro, ad essere vendute (arg. art. 1401). [1] Fra le cose fungibili si novera il denaro; ma non i crediti, le rendite sullo Stato, o sulle società commerciali, industriali e agricole; nè il fondo di commercio. [2] Divengono in secondo luogo proprietà di lui i mobili non fungibili che sono stati stimati nel contratto di matrimonio; presumendosi fatta la stima, *venditionis causa*, [3] ove non siavi stato dichiarato che tale stima non ne produce la vendita (art. 1401). [4] Da ultimo divengono proprietà del marito gl'immobili, se ne sia stata fatta la stima e sia stato dichiarato che tale stima equivale a vendita dei medesimi a favore del marito (art. 1402); [5] ove manchi questa dichiarazione, la stima si reputa fatta *taxationis causa,* cioè per conoscere l'ammontare della dote. [6] In questa come nel precedente caso vi ha da una parte la vendita coi suoi effetti ordinari; dall'altra parte abbandono del prezzo all'acquirente perchè lo ritenga a titolo di dote. [7]

In tutti e tre i casi quindi l'obbietto della dote da beni in natura è trasformato in una somma di danaro, cioè nel prezzo

---

[1] Leg. 42, D. de iure dot.

[2] Benoît, II, 104; Marcadé, art. 1551-1553, II.

[3] La differenza stabilita dalla legge fra gli articoli 1401 e 1402, in riguardo agli effetti della stima, ha la sua ragione nella differenza del grado d'attaccamento verso i beni mobili, e verso i beni immobili.

[4] Vedi Brescia, 29 aprile 1868, A. II, 2, 622.

[5] Vedi Casale, 5 maggio 1866, B. XVIII, 2, 196; Brescia cit.

[6] Vedi sopra n. 3.

[7] Consulta Leg. 10, § 5; Leg. 14 e 15, D. de iure dot.; Leg. 10, C. eod. Leg. Unica, § 9, C. de rei uxor. act. V, 13.

dei medesimi.[1] E di questo prezzo il marito diviene debitore verso la moglie. Il prezzo di cui egli diviene debitore, è quello che le cose fungibili avevano nel tempo in cui divennero proprietà del marito; o quello che alle altre cose fu attribuito nella stima (art. e arg. art. 1401). Nulla rileva a questo riguardo che il valore di essi si trovi accresciuto o diminuito nel tempo in cui tal prezzo deve pagarsi, in esecuzione dell'obbligo avente per obbietto la restituzione della dote.

200. Quanto poi ai beni assegnati in dote da qualsiasi persona e passati e rimasti proprietà della moglie,[2] il marito ne ha l'amministrazione col diritto di rappresentare la moglie, e il godimento (art. 1399).

I poteri di lui come amministratore, sono maggiori di quelli di qualunque altro amministratore: essi pareggiano quelli di un vero proprietario, inquantochè il marito rappresenta in verità la vera proprietaria che è la moglie.[3] Quindi egli può affittare il fondo dotale a lungo tempo, ossia per oltre un novennio; salva per chi di ragione, la facoltà di farlo cessare prima del termine nel caso di scioglimento del matrimonio

---

[1] Consulta Leg. 10 cit. in fin. C. Leg. Unica e § cit.

[2] È noto che fu opinione comune, non abbandonata ancora del tutto, che per diritto romano la moglie avesse durante il matrimonio, la proprietà della dote. Secondo alcuni interpreti essa ne aveva la proprietà naturale, e il marito la civile. Secondo altri, essa ne era l'unica proprietaria e il marito solamente usufruttuario, e rappresentante della moglie. Tale opinione vien giustificata con parecchi testi i quali dichiarano in termini generali che la dote appartiene alla moglie e con una costituzione di Giustiniano che nomina in termini formali la proprietà naturale della moglie. Ma secondo l'opinione quasi unanime degl'interpreti moderni, tali espressioni accennano al diritto della moglie e dei suoi eredi sulla dote, sciolto che sia il matrimonio; durante questo il marito è in effetto investito di tutti i diritti di un proprietario (Van Wetter, II, § 295, pag. 175-176 coi molti che cita). Nella legge patria prevale senza dubbio la seconda delle due prime opinioni, che cioè proprietaria ne sia la moglie, e usufruttuario il marito con facoltà di rappresentarvi questa (art. e arg. art. 1408 cong. coll'art. 1399).

[3] Consulta Merlin, Rép. v° Dot, § 7, n. 6; v° Usufruit, § 4, n. 2; Tessier, De la dot, II, pag. 121 e 177; Rodière et Pont, III, 1711 e seg.; Marcadé, articolo 1549, II; Aubry e Rau, V, § 535, pag. 545.

(art. 1417 cong. art. 493). Del pari egli solo ha diritto di agire non solo in possessorio, ma eziandio in petitorio con azioni personali e reali contro i debitori e detentori della dote; e di difendersi dalle azioni relative alla dote. Ma gli atti di esecuzione sopra i beni dotali debbono farsi in contraddittorio del marito e della moglie (art. 2079). [1] Medesimamente egli solo ha la facoltà di esigere la restituzione dei capitali dotali, e di rilasciarne quietanza al debitore, e di consentire nella cancellazione delle ipoteche che ne garantivano il pagamento (art. 1399). [2]

Questi poteri spettano al marito solo, e non possono esercitarsi dalla moglie, quand'anche da lui autorizzatavi; nè il tribunale invece del medesimo, può validamente autorizzarla a prevalersene (art. e arg. art. 1399 alinea 1° versic. *egli solo*). [3] Anzi ogni condizione in contrario deve ritenersi per nulla, in quanto derogherebbe a legge di ordine pubblico. Sarebbe però valida la clausola apposta nel contratto di matrimonio che il marito non possa riscuotere i capitali dotali che sotto la condizione dell'impiego dei medesimi. [4]

Dacchè il solo marito ha qualità per intentare le azioni dotali, e per difendersi da esse, le sentenze pronunziate su tali azioni, hanno effetto contro la moglie, come se vi fosse stata parte; salvo il diritto d'impugnarle coll'opposizione di terzo. [5]

In correlazione a questi diritti, il marito ha l'obbligo di usare nella conservazione della dote le cure di un diligente padre di famiglia. Di conseguenza egli è tenuto verso la moglie per la perdita e i deterioramenti dei beni dotali, avvenuti per

---

[1] [2] Consulta Leg. 11, C. de iure dot.; Leg. 9, C. de rei vind. III, 32; Leg. 2, C. de obl. et act. IV, 10; Merlin, Rép. v° Puissence maritale, sect. II, § 3, art. 3, n. 8; Duranton, XV, 394 e seg.; Troplong, IV, 3104 e seg.; Marcadé, art. 1549, II; Rodière et Pont, III, 1756; Aubry e Rau, tom. cit. § 535, pag. 545-546.

[3] Duranton, XV, 402; Benoît, I, 106; Marcadé, art. 1549, II; Odier, III, 1177; Aubry e Rau, tom. cit. § 535, pag. 547, con le molte sentenze che cita; *contro* Toullier, XIV, 141; Tessier, II, 835; Sériziat, n. 76; Rodière et Pont, III, 1758.

[4] Troplong, IV, 3120; Benoît, I, 110 e 112; Marcadé, art. 1353, III.

[5] Duranton, XV, 398 e 399; Rodière et Pont, III, 1760; Troplong, IV, 3106; Marcadé, art. 1549, II; Aubry e Rau, V, § 535, pag. 547.

sua negligenza; in specie per la estinzione di crediti operata dalla prescrizione da esso non interrotta, quantunque incominciata prima del matrimonio, e per l'inesigibilità dei medesimi dipendente dall'insolvenza dei debitori, posteriore al giorno in cui il marito li avrebbe potuti esigere (art. 1408). [1] È tenuto del pari per l'inefficacia e l'insufficienza dell'impiego dei capitali dotali; ove la riscossione di questi sia stata subordinata alla condizione di quello, e non vi usò la dovuta diligenza. [2]

201. Quanto al diritto di godere della dote appartenente al marito, esso è reale, come frazione della proprietà; ed è nella sua natura simile a quello dell' usufruttuario. Esso si apre nel giorno della celebrazione del matrimonio. Da tal giorno quindi egli ha diritto di percepire i frutti naturali e civili dei beni dotali; [3] ove ben inteso la dote sia stata costituita prima di questo; se no, dal giorno della sua costituzione. Ciò è vero, quand'anche la dote sia stata consegnata posteriormente alla celebrazione del medesimo o alla sua costituzione. Nell'attribuzione dei frutti dei beni dotali al marito, negli anzidetti tempi si seguono comunemente le disposizioni degli articoli 480 principio e 481 (arg. art. 1408). [4]

Ma se il matrimonio si sciolga durante il suo primo anno, il godimento del marito sarà regolato dalla disposizione dell'articolo 1416. [5]

Al contrario i frutti naturali dei beni dotali che si fossero raccolti dallo sposo prima della celebrazione del matrimonio, e i civili scaduti prima e percepiti dopo la celebrazione del medesimo, appartengono alla moglie o in natura o in credito,

---

[1] Vedi Leg. 16 e 17, D. de iure dot.; Duranton, XV, 387 e seg.; Benoît, I, 181 e seg.; Troplong, IV, 3589; Rodière et Pont, III, 1753; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 550-551.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Vedi Napoli, 16 luglio 1866, A. I, 2, 447.

[4] Proudhon, De l'usufr. V, 2709; Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Vedi appresso n. 212; Proudhon, loc. cit.; Duranton, XV, 480; Troplong, IV, 3129; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. nota 24.

e costituiscono un capitale dotale o parafernale di lei; secondo che si costitui in dote tutti i suoi beni presenti, o solamente alcuni oggetti determinati. [1]

Il diritto di godimento che appartiene al marito sui beni dotali della moglie ha in generale la stessa estensione che quello dell'usufruttuario; così egli fra le altre cose, ha diritto al taglio de' boschi cedui, ma non a quello de' boschi di alto fusto che non erano distribuiti in tagli regolari nel tempo della celebrazione del matrimonio. [2]

Tuttavia per eccezione alle regole dell'usufrutto ordinario, il marito da una parte è tenuto verso la moglie per le spese di coltura e delle sementi occorse per la produzione de'frutti naturali che pendenti al tempo della celebrazione del matrimonio si percepiscono da lui; in base alla massima: *fructus non sunt, nisi deductis impensis;* [3] dall'altra parte ha diritto al rimborso delle spese utili fatte sui fondi dotali; al valore dei tagli dei boschi che poteva fare e non fece; sia perchè il godimento dei beni dotali gli è accordato per sostenere i pesi matrimoniali; sia perchè alla qualità di usufruttuario unisce quella di amministratore. [4] Inoltre il diritto di godimento del marito può essere ristretto in forza di clausola inserita nel contratto di matrimonio, convenendosi quivi che la moglie riceverà annualmente sopra semplice sua quietanza, una parte delle rendite dotali per le sue minute spese e pei bisogni della sua persona (art. 1399 alinea ult.). Infine il diritto medesimo non può essere ceduto nè ipotecato, nè sequestrato; essendo accordato al

---

[1] Duranton, XV, 452; Troplong, loc. cit.; Benoît, II, 191 e 192; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Troplong, IV, 3129; Rodière et Pont, III, 1723; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 552.

[3] Non osta l'articolo 480 (Benoît, I, 144; Troplong, loc. cit.; Rodière et Pont, III, 1719 e 1942; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 352).

[4] Consulta Leg. 7, § 1, D. soluto matr. quemad. dos pet.; Merlin, Rép. v° Dot, § 13, n. 3; Toullier, XIV, 324, 326; Benoît, I, 147-149 e II, 240 e seg.; Duranton, XV, 463; Troplong, IV, 3129 e 3594; Marcadé, art. 1550, I, e 1562, I; Rodière et Pont, III, 1724; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 552.

marito non tanto nel suo interesse personale, quanto nella sua qualità di capo di casa e coll'intento di procurargli i mezzi di provvedere ai bisogni di questa; [1] talchè la moglie stessa può dimandare la nullità della cessione o del sequestro delle rendite dotali, nella misura delle necessità della famiglia. [2] Ma l'eccedenza eventuale delle rendite dei beni dotali, può essere da lui ceduta, o sequestrata dai suoi creditori personali; perciocchè essa è destinata a profittare a lui personalmente. [3] Quanto poi alle rendite scadute e percepite ed entrate definitivamente a far parte del patrimonio del marito, egli ne ha la libera disposizione; e i creditori possono farvi valere le loro ragioni; salvo per la moglie il diritto di dimandare la separazione della dote, ove ne sia il caso. [4]

Ma come il diritto di godimento del marito sui beni dotali è simile a quello dell'usufruttuario; così incombono a lui le stesse obbligazioni che a questo (art. 1408). Quindi fra le altre cose, deve sostenere le spese di cultura e di manutenzione dei fondi dotali; [5] ed è tenuto a fare l'inventario dei mobili e la descrizione dello stato degl'immobili assegnati in dote (art. 1400).

Ma anche rispetto agli obblighi il marito, a differenza dell'usufruttuario ordinario, non è tenuto a dare cauzione per la dote che riceve se non vi è stato obbligato nell'atto di costituzione dotale, perchè sarebbe ingiurioso per lui il dover garantire i beni di quella donna, che gli abbandona quasi la propria persona (art. 1400 princ.). [6]

Nondimeno quando si verifichi il concorso di queste due condizioni, cioè *a*) che dopo il matrimonio sia sopraggiunto nel patrimonio del marito un trasformamento o una diminuzione

---

[1] Toullier, XIV, 137; Duranton, IV, 486; Rodière et Pont, III, 1714; Marcadé, art. 1554, IV.

[2] Consulta Rodière et Pont, III, 1765; Aubry e Rau, tom. e § cit. pagina 554, nota 34.

[3] Marcadé, art. 1557, IV; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 553-554.

[4] Rodière e Pont, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit.

[5] Leg. 3, § 1; Leg. 13 e 16, D. de impens. in rem dot. fact. XXV, 1.

[6] Leg. 2, C. ne fideiuss. vel mand. dotium dentur, V, 20.

per cui venga la dote ad essere in pericolo; e *b*) che quegli che l'ha costituita o ne è il debitore, sia nel numero delle persone che sarebbero tenute alla prestazione degli alimenti, può il tribunale civile sull'istanza del medesimo, ordinare le cautele opportune per la sicurezza della dote (art. 1400). Nel prescrivere queste cautele, il tribunale ha potere illimitato; quindi per esempio, può ordinare al marito di dare un'ipoteca, un fideiussore od altra cauzione; può ove ne sia il caso, ordinare eziandio che i capitali della dote siano rinvestiti in rendita pubblica col vincolo dotale. Ma indipendentemente dalla stipulazione e dagli avvenimenti ricordati, la dote è garantita dall'ipoteca legale, a senso degli articoli 1969 4° e 1982. [1]

202. Quanto ai diritti della moglie sulla dote, se i beni che a tal titolo le sono stati assegnati sono passati in proprietà del marito, essa non ha che un diritto di credito sul prezzo dei medesimi (art. 1401). Degli altri conserva la proprietà, ma non l'amministrazione e il godimento spettanti al marito, come sopra si disse.

La moglie quindi ove sia proprietaria dei beni dotali, da una parte sopporta la perdita e i deterioramenti dei medesimi; salvo che vi abbia dato causa la negligenza del marito; [2] dall'altra parte profitta degli accrescimenti dei medesimi.

Inoltre è riconosciuto alla dotata la facoltà di fare tutti gli atti intesi a conservare i suoi diritti, semprechè non richieggano l'esercizio di una delle azioni relative alla dote, il cui esercizio è riservato al marito. [3]

203. La dote non può per regola essere alienata (art. 1404). [4]

---

[1] La ipoteca legale accordata alla moglie restringe grandemente la disposizione dell'articolo 1400; perciocchè questa in verità non trova la sua applicazione che quando il marito non abbia beni ipotecabili.

[2] Vedi sopra n. 201 in fine.

[3] Rodière et Pont, III, 1757; Aubry e Rau, tom. cit. § 536, pag. 557.

[4] Il Codice francese e quello delle due Sicilie (è scritto nella Relazione Pisanelli, III, 58) riconoscono l'alienabilità della dote per consenso de'coniugi, quando la medesima sia stata permessa nel contratto di matrimonio. Il Codice parmense, il sardo e l'estense non riconoscono il patto che permette l'alienazione della

La dote è dichiarata dalla legge inalienabile per garantire gl'interessi della donna, dei suoi eredi e del marito, come capo della società coniugale; i quali interessi potrebbero altrimenti ricevere lesione da atti di alienazione compiuti durante il matrimonio.[1]

La dote non può essere alienata nè dal marito nè dalla moglie separatamente, nè da entrambi congiuntamente: ciò è vero anche rispetto alla moglie che eserciti il pubblico commercio (art. 9 alinea Cod. com.).

Il divieto di alienare la dote colpisce tanto i beni immobili, quanto i beni mobili,[2] corporali ed incorporali che costituiti in dote sono rimasti in proprietà della dotata; essendo generale ed assoluta la disposizione di legge; e in entrambe le specie di beni immobili e mobili concorrendo le ragioni di questa (art. 1404).

---

dote durante il matrimonio. Il Codice austriaco scostandosi dai precedenti, si limita ad attribuire al marito l'usufrutto dei beni dotali, conservandone alla moglie la proprietà, ma non vieta in alcun modo l'alienazione o l'obbligazione della dote. Fra i due opposti sistemi del Codice austriaco e dei Codici parmense, sardo ed estense si è adottato quello che tiene una linea di mezzo dei Codici francese e delle due Sicilie. La dote essendo destinata a sopperire ai pesi del matrimonio, l'inalienabilità deve esserne la conseguenza naturale. Potendo però gli sposi procedere al matrimonio, senza costituzione dotale, non avvi ragione di vietare che nel contratto la dote sia costituita con riserva di poterla alienare. Vietando questo patto, la legge si preoccupa troppo dell'interesse dei figli; ma in qual modo vi provvede essa, allorchè non esiste costituzione di dote? Anche qui la forza dell'abitudine contrasta alla logica del diritto. Questa richiederebbe in ogni caso che il regime dotale fosse imposto agli sposi come una necessità, per modo che tutti i beni della moglie s'intendessero costituiti in dote. Nei secoli scorsi poteva forse discutersi una tale proposta, ora basta accennarla.

[1] Consulta C. C. Napoli, 3 febbraio 1866, B. XVIII, 1, 79.

[2] In diritto romano il marito poteva alienare i mobili dotali, anche senza il consenso della moglie (Inst. princ. quib. alien. licet; Leg. 42, D. de iure dot.; Leg. 2, C. de ob. et act.). In diritto francese la Giurisprudenza, dopo lunghi contrasti e molteplici oscillazioni, ha fissato lo stesso principio (Vedi Aubry e Rau, IV, 501-506; consulta Gazz. dei Trib. di Napoli, XXIII, n. 2381).

È vietata l'alienazione dei beni dotali per qualunque atto tra vivi, tanto a titolo lucrativo, quanto a titolo oneroso; quindi è vietata non solo la donazione, ma anche la vendita, quand'anche con patto di retratto, la permuta e la transazione. [1]

Sotto la voce alienazione poi non si comprende solamente la trasmissione della proprietà, ma eziandio la cessione delle ragioni appartenenti alla dotata sul proprio credito dotale; [2] la costituzione d'ipoteca, di pegno e di servitù personali o prediali: anche i beni dotali però sono soggetti alle servitù legali, procedendo queste dalla stessa legge che li dichiara inalienabili; per la stessa ragione sono soggetti a collazione. [3] Sotto la stessa voce si comprende eziandio la cessione del godimento dei medesimi beni, ove essa ne storni le rendite dalla loro naturale e legittima destinazione, che è quella di servire a sostegno dei pesi matrimoniali. Vi si comprende pure ogni confessione o dichiarazione con cui la donna possa mettere in pericolo i suoi diritti dotali; l'acquiescenza ad una sentenza che abbia rigettata la dimanda di nullità della espropriazione dei beni dotali, e la desistenza da tale dimanda. [4] Più ancora; i beni dotali sono sottratti al vincolo di garantia stabilito dall'articolo 1948 per le obbligazioni contratte dalla donna durante il matrimonio; sciolto però questo si può procedere sui beni che costituivano la dote, anche per tali obbligazioni (art. cit.). [5]

---

[1] Consulta Duranton, XV, 536; Rodière et Pont, III, 1769; Aubry e Rau, tom. cit. § 537, pag. 559.

[2] Consulta Firenze, 29 marzo 1871, A. V, 2, 536.

[3] C. C. Napoli, 4 giugno 1870, A. IV, 1, 271.

[4] Consulta su queste diverse proposizioni, Leg. 5 e 13, § 2, D. de fundo dotali; Duranton, XVIII, 407; Troplong, IV, 3115 e 3275; Marcadé, art. 1554; Rodière et Pont, III, 1858 e seg.; Aubry e Rau, tom. cit. § 537, pag. 558 e 559.

[5] Si legge nella Relazione del chiarissimo Pisanelli (III, 59-60) « È quistione se il creditore della moglie, divenuto tale durante il matrimonio, possa dopo lo scioglimento di questo agire sui beni già dotali per essere soddisfatto. Non trattasi qui degli effetti di un'ipoteca concessa senza la richiesta autorizzazione, poichè non v'ha dubbio che tale ipoteca sarà assolutamente inefficace. Ma trattasi soltanto di stabilire, se quel creditore possa far valere le sue ragioni di credito

Ma il divieto di alienare la dote, non impedisce alla dotata di disporne per atto di ultima volontà; perocchè l'atto della sua disposizione non ha efficacia che dopo la sua morte, in cui, sciogliendosi il matrimonio, i beni dotali perdono questa loro qualità, ed inoltre vengono meno i motivi del divieto (art. e arg. art. 1054).

L'inalienabilità della dote è relativa e non assoluta; essendo fondata su motivi che sono principalmente d'ordine privato. Perciò primieramente la nullità dell'atto di alienazione dei beni dotali non può essere dimandata dall'acquirente, ne sia stata o no dichiarata la loro qualità. [1] Ma se il marito gli abbia venduto una cosa dotale come sua, può chiedere contro

---

sui beni dotali, senza pretendere ad alcun diritto di preferenza acquistato durante il matrimonio. Nel progetto si è accolta la soluzione affermativa. Collo scioglimento del matrimonio si scioglie il regime dotale, e conseguentemente non vi sono più beni formanti parte di una dote, ma semplicemente dei beni che furono dotali e che, dopo di essere stati inalienabili e per questo titolo sottratti all'azione dei creditori durante il matrimonio, divennero liberi e soggetti al diritto comune collo scioglimento del medesimo. Se qualunque creditore della moglie anteriore al matrimonio o posteriore allo scioglimento di questo, può agire su quei beni per essere soddisfatto, per qual ragione non potrà fare altrettanto chi divenne creditore durante il matrimonio? Se egli si presentasse colla pretesa di un diritto di preferenza sopra gli altri creditori, o contro i terzi, in forza di un'ipoteca acquistata mentre i beni erano dotali, niun dubbio che questa pretesa dovrebbe essere respinta, perchè la dote non era capace di vincolo ipotecario senza l'autorizzazione giudiziale. Ma quando il detto creditore non reclama alcun diritto di preferenza acquistato durante il matrimonio, non si sa comprendere il motivo perchè debba trovarsi in una condizione peggiore di quella degli altri creditori. Potendo egli agire sui beni liberi che la moglie avesse successivamente acquistato durante il matrimonio, e dopo lo scioglimento di questo, perchè non gli competerà simile diritto sui beni dotali che già appartenevano alla moglie e che divennero liberi, sottoposti al diritto comune, collo scioglimento del regime dotale? Cessato questo, ragion vuole che da quel giorno ne cessino gli effetti in rapporto a chiunque » (Consulta C. C. Napoli, 7 luglio 1866, B. XVIII, 1, 512; C. C. Torino, 28 novembre 1867, B. XIX, 1, 719).

[1] Toullier, XIV, 236 e seg.; Duranton, XV, 528; Troplong, IV, 3516 e seg.; Marcadé, art. 1560, I; Aubry e Rau, tom. cit. § 537, pag. 562; *contro* Rodière et Pont, III, 1883, pel caso in cui il carattere dotale sia stato dichiarato.

di lui la nullità della vendita, per esserne obbietto una cosa altrui (art. 1459); inoltre può in ogni caso, rifiutarsi a pagarne il prezzo, valendosi del benefizio dell'articolo 1510.[1] Secondariamente i creditori del marito non possono prevalersi della nullità dell'atto di alienazione;[2] e nemmeno i creditori chirografari della moglie, quantunque anteriori alla stipulazione del contratto di matrimonio.[3]

Ma la nullità medesima può essere dimandata non solo dal marito, ma anche dalla moglie, e dagli eredi di questa ma non del marito (art. 1407 e 1301). Tale facoltà appartiene al marito non solo per le alienazioni fatte dalla moglie senza il suo concorso, ma anche di quelle da lui autorizzate; più ancora di quelle fatte da lui (art. 1407). Anzi può valersene quand'anche sia tenuto di garantía verso l'acquirente; perocchè agisce non a suo nome ma nella qualità di amministratore dei beni dotali; attalchè non può essergli apposta la regola: *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*[4] Medesimamente per la stessa ragione può valersene, sebbene abbia promesso all'acquirente di far ratificare la vendita da chi di ragione, dopo sciolto il matrimonio.[5] Dall'altro canto la moglie può impugnare l'alienazione, sebbene siasene formalmente dichiarata garante; non dovendole essere consentito di fare indirettamente ciò che le è vietato di fare in modo diretto.[6] Ove poi si tratti di alienazioni che il marito abbia fatto da solo o col concorso della moglie, questa

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Dot, § 9; Duranton, XV, 522; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Troplong, IV, 3530; Rodière et Pont, III, 1872; Marcadé, art. 1560, V; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Vedi Troplong, IV, 3519; Marcadé, art. 1360, III; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. nota 25, e le molte sentenze che citano; *contro* Tessier, II, 86; Sériziat, n. 196; Larombière, Des obligations, I, art. 1166, n. 12; Demolombe, XXV, 87; Rodière et Pont, III, 1873.

[4] C. C. Napoli, 10 novembre 1868, A. II, 1, 359.

[5] Troplong, IV, 3525 e 3526; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 565; Rodière et Pont, III, 1871.

[6] Odier, III, 1346; Aubry e Rau, loc. cit.

anzichè impugnarle, può dimandare al marito o agli eredi di lui il valore degl'immobili alienati, oltre al risarcimento d'ogni maggior danno. [1] Infine e il marito e la moglie possono impugnare l'alienazione, quantunque il prezzo ricavato dalla vendita sia stato impiegato per acquistare beni per la seconda; beninteso che il prezzo medesimo dovrà esser restituito. [2] Ma l'acquirente potrà opporre l'eccezione di garantia sia contro la moglie, o agli eredi di lei che avessero accettato puramente e semplicemente l'eredità del marito, sulla quale gravava l'obbligo della garantia; sia contro il marito che agisca nella qualità di erede della moglie; sia infine contro altri eredi di questa, che abbiano personalmente promessa la garantia: in queste due ultime ipotesi è indifferente che essi siano eredi puri e semplici, o benefiziati. [3]

Quanto però all'esercizio del diritto di dimandare la nullità dell'alienazione, il marito non può valersene che durante il matrimonio e finchè conserva l'amministrazione dei beni dotali; la moglie può valersene sia durante il matrimonio, sia dopo sciolto questo (art. 1407 alinea 1°). [4]

Tutte queste regole sono applicabili nel caso in cui siasi

---

[1] Non osta l'articolo 1407 (Consulta Merlin, Questions, v° Remploi, § 9; Tessier, II, pag. 62; Troplong, Des hypothèques, II, 612 e seg.; Rodière et Pont, III, 1874; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 563 testo e nota 27, con le molte sentenze che citano; *contro* Benoît, I, 261, Sériziat, n. 194, ed altri).

[2] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 565-566.

[3] Troplong, IV, 3552; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 566; Marcadé, art. 1560, IV.

[4] Nella prima edizione scrissi che la moglie non poteva impugnare l'alienazione, se non dopo sciolto il matrimonio, o avvenuta la separazione di beni, giusta la dottrina prevalente nel diritto francese, e giustificata colla considerazione che durante il matrimonio l'esercizio delle azioni dotali spetta al marito. Ma un più attento esame dell'articolo 1407 alinea 1°, mi ha mostrato che tale dottrina non è punto legale nel diritto patrio; perocchè l'espressione « uguale diritto spetta alla moglie *anche* dopo sciolto il matrimonio » dimostra che il legislatore patrio aveva inteso già di accordarne a lei l'esercizio durante il matrimonio, sia perchè non ha considerato dotale l'azione di nullità, sia perchè ha stimato di stabilire una eccezione per garantire meglio gl'interessi della dotata.

proceduto ad obbligare la dote, dandola sia in ipoteca sia in pegno (art. 1407).

La nullità dell'alienazione dei beni dotali può sanarsi con la conferma della donna e con la prescrizione.

La conferma non può aver luogo validamente, se non dopo lo scioglimento del matrimonio; non potendo con essa rendersi valida un'alienazione durante il tempo in cui questa è proibita; ciò è vero quand'anche sia avvenuta la separazione della dote che ciò non ostante, rimane inalienabile (art. 1424). Ma senza dubbio la moglie può validamente confermare l'alienazione nel suo testamento, sia perchè essa può disporre con questo de' suoi beni dotali, sia perchè la conferma non ha effetto che sciolto il matrimonio per morte di lei. [1]

Del resto la conferma può essere espressa e tacita, giusta i principî di diritto comune. Ma nel valutare i fatti, da cui si vuol desumere la conferma, deve aversi accuratamente riguardo alla destinazione speciale della dote, e ai motivi particolari per cui la moglie non ha immantinente impugnato l'alienazione; e la conferma medesima non dev'essere ammessa se non quando risulti chiaramente la intenzione della moglie di rinunziare all'azione di nullità. [2]

Quanto alla prescrizione dell'azione di questa nullità, essa si compie col corso di cinque anni; senza distinguere se l'alienazione sia stata fatta unitamente dalla moglie e dal marito, o dall'uno di essi soltanto. [3] I cinque anni incominciano a decorrere dallo scioglimento del matrimonio, giusta la disposi-

---

[1] Tessier, II, pag. 25; Troplong, IV, 3566; Aubry e Rau, tom. cit. § 537, pag. 567.

[2] Consulta Merlin, Rép. v° Dot, § 8, n. 2; Benoît, I, 258 e 259; Sériziat, n. 193; Rodière et Pont, III, 1882; Troplong, IV, 3564-3566; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 566-567.

[3] Delvincourt, III, 112; Troplong, IV, 3583; Marcadé, art. 1560, V; Aubry e Rau, loc. cit.; Messina, 24 luglio 1866, A. I, 2, 345; consulta pure C. C. Napoli, 10 novembre 1868, A. II, 1, 359; *contro* Toullier, XIV, 232; Duranton, XV, 521; Rodière e Pont, III, 1894; Palermo, 12 apr. 1869, A. III, 2, 115, pel caso in cui l'alienazione sia stata fatta dal solo marito.

zione dell'articolo 1300: [1] ciò è vero quand'anche sia avvenuta la separazione della dote; [2] salva però in ogni caso la disposizione dell'articolo 2121. [3]

204. Annullata l'alienazione dei beni dotali, l'acquirente è tenuto a farne immediatamente la restituzione; nè gode sebbene di buona fede, del diritto di ritenzione per rimborso delle spese di miglioramenti, giusta l'articolo 706; attesa la loro speciale destinazione, e attesi i motivi sui quali è fondata l'inalienabilità della dote e l'azione di nullità di ogni atto di sua alienazione. [4]

Ma se egli fu di buona fede, ossia acquistò l'obbietto, ignorando che fosse dotale, avrà fatto suoi i frutti percepiti prima della domanda di nullità del suo acquisto (art. 703): è del tutto indifferente che la domanda sia stata promossa dal marito o dalla moglie, o dagli eredi di questa. Se poi fu di mala fede deve distinguersi, se la nullità dell'alienazione sia stata pronunziata su dimanda del marito, fatta durante il matrimonio e prima della separazione della dote, o su dimanda della moglie, sciolto il matrimonio o fatta la separazione della dote. Nel primo caso l'acquirente è di regola tenuto alla restituzione dei frutti; ma può opporre in compensazione al marito gl'interessi del prezzo sborsatogli, o gl'interessi del prezzo dovuto; imperocchè questi ha in sostanza ritratto, sotto forma d'interessi, i frutti dei fondi dotali destinati al sostegno dei pesi matrimoniali. Nel secondo caso egli è tenuto alla restituzione dei frutti dal giorno in cui il marito cessò di avere il godimento della dote; perchè da tal giorno i frutti spettano alla

---

[1] [2] Duranton, XV; Marcadé, art. 1561, II; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 567.

[3] Intorno alle molteplici e intrigate quistioni alle quali dà luogo questa materia in diritto francese, e che almeno in parte possono riprodursi nel diritto patrio, consulta Duranton, XV, 529; Troplong, IV, 3375 e seg.; Marcadé, art. 1560-1561; Odier, III, 1342; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 568-569.

[4] Troplong, IV, 3533 e 3555; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 569, e le molte sentenze che cita.

moglie o agli eredi di lei; ma può opporre in compensazione all'attore gl'interessi del prezzo, che l'una o gli altri abbiano percepito da tal giorno; può parimente opporre questi in compensazione con i frutti sino al giorno della dimanda. [1]

Riguardo al marito, egli annullata l'alienazione, è obbligato sempre a restituire all'acquirente il prezzo che ne ha ricevuto. È inoltre obbligato a tenerlo indenne dei danni, se abbia assunto l'obbligo della garantia, o abbia promesso di fare ratificare da chi di ragione, l'alienazione, sciolto il matrimonio. Vi è del pari tenuto, se abbia venduto la cosa dotale, come sua; o abbia acconsentito nella vendita della medesima, facendo ignorare all'acquirente che fosse dotale (articolo 1407 alinea 1°), o falsamente dichiarando che nel contratto di matrimonio ne fosse stata permessa l'alienazione (arg. art. e alinea cit.). Nulla rileva del resto che l'annullamento dell'alienazione sia stato pronunziato su dimanda del marito o della moglie. Ma se l'acquirente avesse saputo che l'oggetto era dotale allora egli trovasi soggetto alla disposizione dell'articolo 1459; non potendo esser considerato se non come persona che scientemente ha acquistato una cosa altrui. [2]

Quanto alla moglie che abbia venduto un oggetto dotale, o abbia acconsentito nella vendita del medesimo, non è tenuta verso l'acquirente al risarcimento dei danni solo per avergliene fatto ignorare la qualità dotale (arg. *a contr.* art. 1407 alinea). [3] Anzi quand'anche essa medesima impugni l'alienazione fatta, non è tenuta neppure alla restituzione del prezzo verso dell'acquirente medesimo; salvo che questi provi che è stato impiegato a vantaggio di lei; nel qual caso ha diritto di esserne

---

[1] Consulta Troplong, IV, 3559; Sériziat, n. 186; Rodière et Pont, III, 1877; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 570.

[2] Non osta l'articolo 1407 alinea 2° in fine (Consulta Duranton, XV, 523 e 524; Troplong, IV, 3535; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 570-571, nota 47; *contro* Marcadé, art. 1560, III; Rodière et Pont, III, 1879).

[3] Rodière et Pont, II, 592; Sériziat, n. 188; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 571.

rimborsato sui beni parafernali di lei, per quanto è l'importanza di questo vantaggio. [1]

205. I beni dotali come sono inalienabili sono anche imprescrivibili durante il matrimonio (art. 2120 alinea 4°), [2] abbia avuto luogo o no la separazione della dote (art. 1424 alinea). Questa regola si applica tanto alla prescrizione acquisitiva, quanto alla estintiva; quindi da una parte esempligrazia, quegli che per dieci anni [3] possegga fondi dotali, o diritti reali sui medesimi non li fa suoi; dall'altra parte il non uso dell'usufrutto costituito in dote, o di servitù stabilite a favore di fondi dotali non ne produce la estinzione. [4] Ma la prescrizione incominciata prima della celebrazione del matrimonio, continua e può compiersi durante questa (art. e arg. art. 2120 alinea 4°). [5]

206. Ma i coniugi possono riservarsi nel contratto di matrimonio la facoltà di alienare e di obbligare la dote; perocchè come si disse, l'inalienabilità di essa si fonda sopra motivi d'interesse principalmente privato (art. 1404). [6] Questa riserva rende ancora i beni dotali soggetti alla prescrizione; salvo che la loro alienazione sia stata permessa sotto la condizione dell'impiego del danaro ritratto dalla medesima. [7] Inoltre per virtù della medesima si può procedere su di essi per le obbligazioni contratte dalla moglie, anche durante il matrimonio (art. e arg. art. 1404 e 1407). È superfluo di notare che la dote obbligata può essere espropriata dal creditore, per conseguire il soddisfacimento del suo credito. [8]

---

[1] Tessier, II, 48; Rodière, Pont, Aubry e Rau, loc. cit.

[2] C. C. Napoli, 10 novembre 1868, A. II, 1, 359.

[3] Quanto alla prescrizione trentennale, vedi l'articolo 2121.

[4] Vedi Leg. 16, D. de fundo dotali; Leg. 28, D. de verb. sign.; Duranton, XX, 305; Rodière et Pont, II, 597; Sériziat, n. 200; Aubry e Rau, V, § 537, pag. 573.

[5] Consulta Aubry e Rau, V, § 537, pag. 573 testo e nota 56.

[6] Vedi Relazione Pisanelli, loc. cit.

[7] Taulier, V, 345; Rodière et Pont, II, 600; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 574.

[8] Vedi Napoli, 9 aprile 1869, A. III, 2, 270.

Questa riserva deve essere interpretata ristrettivamente, inquantochè deroga al principio dell' inalienabilità della dote, che è il diritto comune del regime dotale; quindi per esempio, se sia permessa la ipoteca o la permuta de' beni dotali, non si può farne la vendita. [1]

I beni dotali di cui sia permessa l'alienazione o l'obbligazione, non possono nè alienarsi, nè obbligarsi dall' uno dei coniugi senza il consenso dell' altro (art. 1405). Adunque la vendita fatta dal solo marito sarà nulla; può però essere convalidata anche durante il matrimonio dalla moglie colla ratifica, prestata colla debita autorizzazione [2]; eccettochè con clausola speciale, non sia stato stipulato il contrario nel contratto di matrimonio. [3] Anzi la moglie non può alienarli o obbligarli, senza l'autorizzazione del marito o del tribunale, giusta la disposizione dell'articolo 134.

La riserva di alienare i beni dotali può essere pura e semplice, ed essere subordinata alla condizione dell' impiego del danaro ritrattone. In questo secondo caso l' alienazione non è valida che osservata questa condizione. Ciò stante, l'acquirente ha interesse e diritto di non pagare il prezzo se non siane pronto e non facciasene impiego regolare, completo ed immune da ogni pericolo di evizione. Ma fatto debitamente, non nuoce punto all' acquirente qualunque avvenimento che in seguito ne deteriorasse la condizione o lo facesse in qualunque modo perire.

Il marito ha il diritto e l' obbligo di fare l' impiego; essendo egli l' amministratore della dote; ma ove egli trascuri di farlo, la moglie può dimandare di essere autorizzata a farlo, benchè non abbia avuto luogo la separazione della dote.

---

[1] Sulla interpretazione delle singole clausole con cui è riconosciuta l'alienabilità della dote, consulta Duranton, XV, 479 e seg.; Taulier, V, 290 e seg.; Troplong, IV, 3363 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 575 e seg.; Marcadé, art. 1557, I, e II; Rodière et Pont, III, 1780 e seg.; avvertendo però che non vi è perfetto accordo fra di loro in ogni quistione.

[2] Consulta Toullier, XIV, 187; Duranton, XV, 475, Rodière et Pont, III, 1785; Marcadé, art. 1557, V; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 576 testo e nota 68.

[3] Consulta Troplong, IV, 3417; Aubry e Rau, IV, 485.

L'impiego deve esser fatto nel modo stabilito dalla convenzione matrimoniale; in mancanza, è prudente consiglio che l'acquirente faccia determinare dall'autorità giudiziaria il modo dell'impiego (arg. art. 1406 alinea ult.) Del pari deve esser fatto nel tempo fissato dalla convenzione; ma potrà farsi utilmente anche dopo scaduto, salvo patto in contrario: in mancanza della convenzione, anche il tempo dell'impiego sarà fissato dall'autorità giudiziaria (art. e arg. art. 1173). [1] Nulla rileva del resto che abbia o non avuto luogo la separazione della dote; perocchè anche dopo la separazione, i beni assegnati in dote conservano la qualità di dotali. Ma l'impiego non può farsi utilmente dopo sciolto il matrimonio; perchè non può sussistere più dote; salvo che risulti dal contratto di matrimonio che l'impiego si sarebbe dovuto fare per impedire la dispersione del prezzo. [2]

Le spese dell'impiego pel denaro dotale sono a carico della donna: esse si prendono dai beni parafernali, se ve n'hanno, altrimenti si prelevano dal denaro da impiegarsi. [3]

La nullità della vendita delle cose dotali per mancanza, insufficienza o irregolarità dell'impiego [4] non può essere dimandata dal marito; essendo assurdo che questi possa basare la sua dimanda sull'inadempimento della propria obbligazione. E prima della separazione della dote e durante il matrimonio non può essere dimandata dalla moglie; perocchè come più volte si è detto, le azioni dotali competono al solo marito; ma dopo la separazione della dote o lo scioglimento del matrimonio, la nullità dell'alienazione può esser dimandata dalla donna o da'suoi eredi. L'acquirente però ha la facoltà di sottrarsi all'azione di nullità, ove sia promossa dalla donna, dopo la

---

[1] [2] Consulta, su queste diverse proposizioni, Merlin, Questions, v° Remploi, § 8, n. 2; Sériziat, n. 119; Troplong, IV, 3418 e seg.; Rodière et Pont, III, 1844; Aubry e Rau, loc. cit. e pag. 581. Vedi pure Napoli, 19 luglio 1867, A. I, 453; ma tieni conto delle differenze che passano fra il Codice napoleonico e delle due Sicilie da una parte, e il Codice patrio dall'altra.

[3] Troplong, IV, 3428; Marcadé, art. 1537, III.

[4] Consulta C. C. Firenze, 13 gennaio 1870, B. XXII, 1, 37.

separazione della dote, durante il matrimonio, coll' offrirle un secondo pagamento del prezzo, all' effetto che sia impiegato; chè anzi può sottrarvisi con lo stesso mezzo anche dopo sciolto il matrimonio, se l' impiego doveva essere inteso ad impedire la dispersione del prezzo. [1] Quanto poi al marito, egli è ognora responsabile verso la moglie e gli eredi di questa, della perdita della dote per mancato, insufficiente o irregolare impiego dei capitali dotali. [2]

Se l' impiego del prezzo di vendita dei beni dotali, sia fatto in acquisto di beni, questi sono alienabili come quelli e sotto le medesime condizioni. [3]

207. Ma quand' anche i coniugi non siansi riservati nel contratto di matrimonio la facoltà di alienare o di obbligare la dote, la legge medesima fa eccezione al principio dell' inalienabilità della dote stabilita da essa, quando a ciò fare costringa la necessità, o consigli una evidente utilità (art. 1405).

Il tribunale decide, se v' abbia necessità o evidente utilità di alienare o di obbligare la dote; non essendone dalla legge indicati i casi neppure dimostrativamente, attesa la varietà infinita dei fatti e delle loro circostanze. [4] La sua decisione che

---

[1] Consulta, su queste diverse proposizioni, Merlin, loc. cit.; Duranton, XV, 480 e seg.; Tessier, I, 600 e seg.; Benoît, I, 110 e seg.; Marcadé, art. cit.; Troplong, IV, 3404 e seg.; Rodière et Pont, III, 1845; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 582.

[2] Consulta Napoli, 19 luglio 1867, A. I, 2, 453.

[3] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 583; *contro* Rodière et Pont, III, 1852.

[4] Si legge nella Relazione del chiarissimo Pisanelli (III, 59) « L'alienazione della dote può inoltre essere permessa dall'autorità giudiziaria, quando vi sia necessità od utilità evidente. Non si è creduto opportuno d'indicare tassativamente le cause, per le quali si faccia luogo all'alienazione. La legge non può prevedere tutti i casi, in cui l' alienazione o l' obbligazione della dote si presenta necessaria od utile; d' onde la conseguenza, o di far categorie di casi talmente generici da renderne inutile la specificazione, o di costringere i coniugi a mascherare la verità per trovarsi apparentemente nel caso espresso dalla legge. Parve quindi più franco partito quello di non dare altra norma all' autorità giudiziaria, se non quella della necessità, od utilità evidente. L'esperienza ha dimostrato che, nonostante le limitazioni stabilite dai vigenti Codici, i tribunali

è di fatto, è incensurabile in cassazione. La utilità deve essere considerata almeno generalmente e principalmente, in relazione alla dotata; e la necessità, in relazione anche alla famiglia, e specialmente al marito e ai figli. Quindi per causa di necessità la dote potrà essere alienata ed obbligata per il mantenimento del primo, giusta la disposizione finale dell'articolo 132; per il mantenimento, educazione ed istruzione della prole avuta dalla donna da un precedente matrimonio o dall'attuale, a senso della disposizione dell'articolo 138; per la prestazione degli alimenti alle altre persone indicate dagli articoli 139–141; per fornire la casa delle necessarie mobilie e per altre cause simili. [1]

Anzi la dote potrà alienarsi, od obbligarsi eziandio per fare ai figli o ai discendenti un assegnamento per causa di matrimonio, e specialmente per dotare le figlie, o per qualunque altro titolo; come esempligrazia, per costituire il patrimonio sacro ad uno dei figli che voglia professare il sacerdozio; per istabilire un fondo di commercio ad altro figlio che abbia prescelto il commercio; per prestare la garantía ad un terzo figlio nominato a qualche impiego, il godimento del quale è subordinato alla prestazione della medesima; per procurare il passaggio dalla prima alla seconda categoria di leva ad uno dei figli, affine di assicurargli un altro stato, per esempio quello di artista, o di professionista, o di commerciante. Se i beni dotali siano stati obbligati verso le figlie per il pagamento della dote assegnata loro dalla madre, questa obbligazione non è efficace, almeno dopo la morte di lei, che sino alla concorrenza della quota disponibile; attalchè ove ne fosse intaccata la legittima, dovrebbe l'obbligazione della medesima essere ridotta. Ma se

---

hanno sempre finito per cedere, sulle ripetute istanze dei coniugi, alle esigenze dei casi non preveduti dalla legge, permodochè le maggiori cautele che essa volle spiegare per la conservazione della dote, ebbero sempre a risolversi in un maggior carico di spese per ottenere la facoltà di alienare. »

[1] Consulta (tenendo però conto della differenza fra i testi del Codice francese e del nostro) Duranton, XIV, 510 e seg.; Tessier, I, pag. 376; Sérizia t, n. 147 e seg.; Troplong, IV, 3450 e seg.; Aubry e Rau, § 537, pag. 583 e seg.; Rodière et Pont, III, 1789 e seg.; Marcadé, art. 1558, II.

siano stati alienati o obbligati ad un terzo, l'alienazione e l'obbligazione sono salve per intero a favor suo; salvo per gli altri figli il regresso contro le dotate per la riduzione della dote. Le stesse regole debbono applicarsi, ove si tratti di assegnamenti fatti per altro titolo. [1]

Possono ancora alienarsi od obbligarsi i beni dotali per il pagamento dei debiti della moglie, o della successione a lei devoluta e compresa nella costituzione di dote ed anco dei debiti delle persone che le hanno costituito le doti, ove essa ne sia tenuta personalmente o ipotecariamente. Anzi se ne potrà riconoscere necessaria ed utile l'alienazione e l'obbligazione per la dimissione dei debiti del marito, se per essi fosse soggetto e più ancora minacciato o colpito d'arresto personale. [2]

Nè a mio avviso, deve escludersi in principio, l'utilità e la necessità dell'alienazione o dell'obbligazione della dote per la dimissione dei debiti del marito in altre gravi circostanze, concernenti interessi meramente pecuniari; specialmente se i due elementi di utilità e necessità concorrono insieme, come quando per esempio, i beni del marito fossero minacciati di subasta in tempi sfavorevoli alla vendita de' medesimi (donde prezzo basso, attenuato ancora dalle spese giudiziali) e potessero salvarsene, pagando i debiti col denaro costituito in dote o ritratto dalla vendita de' beni dotali, o procurato con l'assoggettare questi ad ipoteca, o a pegno; perciocchè in queste circostanze avvi una specie di necessità e molta utilità non solo per la famiglia in genere, ma per la moglie in specie di salvare il patrimonio del marito capo di famiglia; perchè in caso contrario il peso di questa va a cadere per intero sopra la moglie.

Avvi pure necessità ed utilità di alienare ed obbligare i beni dotali, quando questi abbiano bisogno di riparazioni straordinarie che sono a carico della proprietà, salva pel marito la

---

[1] Consulta, tenendo ancora conto della differenza già notata, Troplong, Marcadé, Aubry e Rau, Rodière e Pont, Tessier, Sériziat, loc. cit.

[2] Consulta, con la stessa avvertenza, le autorità citate nelle note precedenti.

facoltà di valersi del benefizio dell' articolo 502; o quando si tratti di pagare gli onorari e le spese per il giudizio di separazione della dote. Infine le medesime cause si verificano quando la dote sia stata costituita sopra una cosa posseduta dalla moglie in comune con altri, e questa non possa comodamente dividersi; perocchè in tal caso conviene procedere, per precetto di legge, alla vendita per incanto giudiziale (art. 987 cong. art. 684).[1]

Per causa di necessità e di utilità può essere eziandio autorizzata la permuta dell'immobile dotale, come superiormente fu accennato (art. 1406).

Il prezzo ricavato dalla vendita dell'immobile dotale autorizzata per motivi di evidente utilità, deve essere impiegato come dotale (art. 1406 alinea 1°). Deve ancora essere impiegato come dotale il prezzo che in supplemento fosse pagato nel caso di permuta (art. 1406), o che sopravanzasse alla necessità per cui fu autorizzata la vendita (arg. art. cit.). In questi casi spetta al tribunale di provvedere in guisa che non si ometta l'impiego del prezzo nel modo da esso stabilito (art. 1406 alinea ult.). Essa può anche imporre all'acquirente delle obbligazioni per garantia dell' impiego medesimo; allora se questi vi manca, dovrà soggiacere o all'annullamento dell'acquisto, o ad un secondo pagamento del prezzo.

Infine e maggiormente per causa di necessità o di utilità possono ridursi o ristringersi le ragioni dotali (art. 1405).

Ma quantunque esista la causa della necessità e della evidente utilità non si possono durante il matrimonio alienare od obbligare la dote, nè le ragioni dotali della moglie, e non si possono neppure ridurre o restringere le ragioni medesime, se non col consenso del marito e della moglie, e mediante decreto del tribunale, riconosciuta, come si è detto, la causa della necessità o della utilità (art. cit.). Se il marito non possa dare il suo consenso per assenza, infermità mentale o altra cagione,

---

[1] Leg. 2, C. de fundo dotali, V, 23. — Consulta le autorità citate nelle note precedenti.

vi supplisce l' autorizzazione del tribunale. La stessa decisione reputo applicabile nel caso in cui il marito potendo, non voglia consentirvi; salve però le sue ragioni dotali nel caso dell'alienazione fatta per utilità. [1] L'autorizzazione del tribunale poi è necessaria, anche quando si tratti d'impiego che il marito intenda di fare con se medesimo, del danaro dotale, ritirandolo da altro precedente mutuatario. [2]

L' alienazione e l' obbligazione della dote autorizzate dal tribunale per causa di necessità o di utilità, sono sotto questo aspetto irrefragabilmente valide; inquantochè la moglie o il marito o qualunque altro interessato non potrebbe dimandare la nullità per falsità dei fatti addotti all' effetto di stabilire la esistenza della necessità o dell'utilità; salvo che l' acquirente o il sovventore di denaro sia stato partecipe della frode fatta alla legge. [3] Del pari rimangono definitivamente liberate tutte le cautele, che ne garantivano la esistenza e la restituzione. [4]

208. Inoltre non ostante il principio dell' inalienabilità della dote, i beni dotali sono soggetti all' espropriazione per causa di pubblica utilità e alle servitù legali, come sopra si disse. [5] Da ultimo il principio dell' inalienabilità della dote non vale ad

---

[1] La decisione nel caso d'impotenza in cui si trovi il marito di consentire, non può incontrare difficoltà; non potendo neppure pensarsi che il legislatore abbia voluto quasi rinnegare la eccezione della alienabilità della dote, rendendola impossibile nella ipotesi considerata nel testo; ma nel secondo caso potrebbe sembrare a primo avviso che dovesse seguirsi la decisione contraria, inquantochè il consenso del marito è richiesto per ragione del diritto di godimento che ha sulla dote. Tuttavia preferisco la decisione data nel testo; perchè non agisce da savio un marito che non vuole sottomettersi alla suprema legge della necessità; e non agisce da buon consorte e capo di famiglia, quando col diniego del suo consenso mira ad impedire il miglioramento della sua consorte e per essa, della sua famiglia; l'integrità poi delle sue ragioni nel caso di alienazione fatta per utilità (non essendo possibile nel caso di necessità), gli toglie ogni interesse per legittimare il rifiuto del suo consenso; nell'altro caso, *necessitas suprema lex esto*.

[2] Consulta Napoli, 6 luglio 1866, A. I, 2, 58.

[3] Troplong, VI, 3496 e 3497; Marcadé, art. 1558, VI.

[4] Firenze, 29 marzo 1871, A. V, 2, 536.

[5] Vedi sopra n. 203.

impedire che durante il matrimonio acquisti l'autorità di cosa giudicata una sentenza la quale abbia dichiarato che la proprietà dei beni costituiti in dote o di alcuno di essi appartiene ad un terzo, o che i medesimi non siano dotali.

209. Passiamo ora alla restituzione della dote.

Non può farsi luogo alla medesima se non per queste due cause, cioè; *a)* per lo scioglimento del matrimonio (art. 1564-1565); *b)* per l'assenza dichiarata dell'uno o dell'altro dei coniugi (art. 26). Ma per altre due cause può farsi luogo alla separazione della dote dai beni del marito, e la separazione porta seco necessariamente la restituzione.

All'infuora di queste cause, la dote non può essere richiesta al marito, nè da questo restituirsi; perocchè la restituzione costituirebbe una donazione del marito verso la moglie, per l'importare dei benefizi che quegli ritraeva dalla dote e che in seguito si godrebbero dalla moglie. [1]

Inoltre la restituzione della dote fatta dal marito prima che venga ad esistere l'una o l'altra causa, non libera lui nè i suoi eredi dal relativo obbligo di restituirla. La donna però dovrà imputare nella dote ciò che degli oggetti restituiti possegga nel tempo in cui la restituzione dovrà esser fatta.

210. È tenuto alla restituzione della dote il marito, e dopo la sua morte o la dichiarazione della sua assenza, i suoi eredi e gl'immessi nel possesso dei suoi beni. E l'uno e gli altri vi sono tenuti, tanto se la dote sia stata ricevuta da quello, quanto da un terzo con il consenso del medesimo. Ma in questa seconda ipotesi, la restituzione della dote può essere dimandata anche a questo terzo, che ne abbia assunto l'obbligo pel caso che il marito fosse divenuto insolvibile. Ove poi non siasi assunto quest'obbligo, egli può esser convenuto per la restituzione della dote in forza del diritto che contro di esso competeva al marito, giusta la disposizione dell'articolo 1234. [2]

---

[1] Vedi Leg. unic. Const. Si dos constante matr. soluta fuerit; nov. 22, cap. 39.

[2] Consulta Tessier, II, pag. 255; Rodière et Pont, III, 1920; Troplong, IV, 3613; Aubry e Rau, V, § 540, pag. 624 e 625.

Dall'altro lato quegli che ha costituito la dote, ha innanzi tutto il diritto di dimandarne la restituzione, ove nell'atto di costituzione siasi riservato la riversibilità dei beni assegnati in dote per l'evento che vivente lui si facesse luogo alla restituzione medesima (art. e arg. art. 1071). [1]

In ogni altro caso ha diritto alla restituzione della dote la dotata, e dopo la sua morte o la dichiarazione della sua assenza, i suoi eredi. [2]

La persona che dimanda la restituzione della dote deve provare che la dote costituita fu ricevuta dal marito; e ove sia stata costituita sui beni presenti e futuri della donna, deve provare eziandio l'ammontare della dote medesima.

I mezzi di prova sul ricevimento della dote per parte del marito, variano secondo che è stata costituita da un terzo o dalla moglie; ma in ciascuna ipotesi sono retti dai principî generali. Perciò nella prima ipotesi, la dotata o i suoi eredi possono dare la prova che il marito ebbe la dote, col mezzo dei testimoni e delle presunzioni, benchè non vi sia principio di prova per iscritto; perocchè non fu possibile alla dotata di procurarsi una prova scritta (art. 1348). [3]

Ben più: eccezionalmente in questa ipotesi, la moglie o i suoi eredi sono esonerati dall'obbligo di fare questa prova; ove si verifichino queste due condizioni, cioè:

1° Che il matrimonio abbia durato dieci anni dopo la scadenza del termine stabilito al pagamento della dote (articolo 1414). Quando i termini siano più, il decennio incomincia a correre per ciascuno di essi in particolare dalla relativa scadenza e non per tutti in generale dalla scadenza dell'ultimo; [4]

---

[1] Consulta Leg. unica § 13, C. solut. matr. quemad. dos pet. V, 18; Leg. 7, C. de pact. com. V, 14; Leg. 45, D. solut. matr. dos quemad. petat, XXIV, 3; Leg. 9 e 23, D. de pact. dol. XXIII, 4.

[2] Consulta Leg. 2 princ. D. eod.; Leg. unica, § 6, C. de rei uxor. act. V, 13.

[3] Rodière et Pont, III, 1917; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 625.

[4] Duranton, XV, 566; Marcadé, art. 1569, I; Aubry e Rau, IV, 522.

2° Che l'azione per il conseguimento della dote sia stata esercibile durante il decennio. [1]

Verificandosi queste due condizioni, la moglie e i suoi eredi hanno diritto a ripetere la dote dal marito, indipendentemente da ogni prova che questi l'abbia ricevuta, in pena della sua negligenza nell'esigerla, anzichè per presunzione di pagamento.[2] Ma ove il marito giustifichi che usò inutilmente tutte le diligenze per procurarsene il pagamento (art. 1414), o che il promittente era notoriamente insolvibile (arg. art. cit.), [3] non è tenuto alla restituzione della dote, non essendo allora redarguibile di alcuna negligenza. L'impiego di tutte le diligenze non importa necessariamente che il marito faccia più o meno atti giudiziali. Al postutto, se egli abbia usato o no tutte le diligenze per procurarsi la dote, è quistione di fatto rimessa al prudente arbitrio del giudice.

Queste regole sono applicabili non solo nel caso di scioglimento di matrimonio, ma in ogni altro in cui si faccia luogo alla restituzione della dote. [4]

Ma questa privilegiata esenzione di prova non può essere invocata dal dotante; il quale perciò trovasi soggetto al diritto comune sia per i mezzi di prova del pagamento della dote che pretenda di aver fatto, sia per la estinzione del suo obbligo di pagarla, per effetto della prescrizione che non può essere, se non la trentennale. [5]

Quanto poi alla seconda ipotesi, e in conformità dei principî generali che regolano i mezzi di prova, la donna che si è co-

---

[1] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 625-626 testo e nota 10.

[2] Leg. 33, D. de iure dot.; Merlin, Rép. v° Dot, § 3, n. 8; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 626 testo e nota 13.

[3] Sériziat, n. 286; Troplong, IV, 3664; Rodière et Pont, III, 1927; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 626.

[4] Nel nostro articolo 1414, come nel corrispondente articolo 1569 del Codice francese, è detto *dopo lo scioglimento del matrimonio;* ma anco da noi tale espressione deve essere considerata come enunciativa (Consulta Tessier, II, pag. 159; Rodière et Pont, III, 1928; Marcadé, art. 1569, I; Aubry e Rau, V, tom. e § cit. pag. 625 testo e nota 8).

[5] Napoli, 14 novembre 1866, A. I, 2, 377.

stituita una dote superiore a cinquecento lire, non può provare che il marito l'ha ricevuta se non col mezzo di quietanza rilasciatagli da questa o nel contratto nuziale o in altro atto pubblico o in una scrittura privata posteriore. Ma può eccezionalmente valersi eziandio della prova testimoniale, che abbia un principio di prova per iscritto o se giustifichi che per dolo, violenza o abuso dell'autorità maritale non ha potuto procurarsi una prova scritta.[1] Giammai poi la donna che ha promessa la dote, o i suoi eredi sono esonerati in questa ipotesi dalla prova che la dote fu ricevuta dal marito, e specialmente non possono prevalersi della disposizione dell' articolo 1414; perciocchè non può imputarsi a colpa al marito di non avere agito contro la moglie per il pagamento della dote (arg. *a contr.* art. 1414).[2] La stessa decisione deve applicarsi al caso in cui la moglie sia l'erede di colui che le costituì la dote.[3]

Trattandosi poi di provare l'ammontare della dote costituita sopra i beni presenti e futuri, possono impiegarsi tutti i mezzi, non esclusa la pubblica voce sul valore delle cose mobili, delle quali non siasi fatto inventario.[4]

Tutte queste regole governano la prova del ricevimento della dote rispetto non solo al marito e ai suoi eredi, ma anche ai creditori di lui; salve le disposizioni del Codice commerciale nel caso di fallimento.

211. I beni mobili od immobili costituiti in dote, devono essere restituiti in natura; eccetto quelli che o per natura loro o per la stima fattane *venditionis gratia*, fossero divenuti proprietà del marito (art. 1409 e seg.).

---

[1] Merlin, Rép. v° Dot, § 3; Quest. v° Dot, § 11; Benoît, II, 132; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 627; *contro* Taulier, V, pag. 353; Rodière et Pont, II, 628; in quanto ammettono la prova testimoniale in tutti i casi e in modo generale ed assoluto.

[2] Merlin, Rép. v° Dot; Delvincourt, III, 118; Toullier, XIV, 270; Marcadé, art. 1369, II; Tessier, I, 156; Sériziat, n. 285; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 627-628; *contro* Duranton, XV, 566; Troplong, IV, 3658.

[3] Napoli cit.

[4] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 627-628.

Essi debbono essere restituiti nello stato in cui attualmente si trovano; salvo da una parte a favore di chi deve riprenderli il diritto all'indennità per i deterioramenti cagionati ai medesimi; e salvo dall'altra parte a favore del marito e de' suoi eredi il diritto al rimborso delle congrue spese fatte sui medesimi.

In conseguenza se i beni sono immobili, dovranno restituirsi con tutti gli accrescimenti e miglioramenti che abbiano ricevuto per benefizio della natura o per fatto dell'uomo. [1] Ma quegli che ripete la dote, deve rimborsare al marito o ai suoi eredi le spese necessarie ed utili, meno quelle che erano a carico di lui, quasi come usufruttuario dei medesimi. Deve pure tollerare che l'uno o gli altri tolgano gli oggetti che possono, giusta la disposizione dell' articolo 495. [2] Inoltre il debitore della dote può opporre in compensazione le spese necessarie contro le somme dotali che dovrebbe restituire; ma reputo che per il rimborso di esse non goda del diritto di ritenzione sull'immobile nel quale sono state fatte. [3] Per contrario il rimborso delle spese utili non può essere ottenuto sopra i beni dotali; e conseguentemente il creditore di esse non può neppure opporle in compensazione; e molto meno per il rimborso delle medesime gode del diritto di ritenzione. [4]

---

[1] Leg. 38, § 12, D. de usur.; Leg. 4, 7, § 3; Leg. 10, § 1, 2 e 3; Leg. 47 e 63, D. de iure dot.; Leg. 31, § 4, D. solut. matr.; Leg. unica, § 9, C. de rei uxor. act.

[2] Consulta Delvincourt, III, 115 e 116; Benoît, II, 219-221; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 629.

[3] In diritto romano si decideva il contrario (consulta Ulpianus, VI, 14; Inst. § 37, de act. IV, 6; Leg. 56, § 3, D. de iure dot.; Leg. 1, 5 e 7, § 1, D. de impens. in res dot. fact. XXV, 1); ma di fronte all'articolo 706 del Codice patrio che regola il diritto di ritenzione, sono ora d'avviso che quella decisione non possa accogliersi.

[4] Vedi Ulpianus, VI, 16; Leg. 5 e 10, D. de imp. in res dot. factas; Leg. unic. § 5, C. de rei uxor. act. V, 13; Toullier, XIV, 326 e 327; Troplong, IV, 3640; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 630. — Le decisioni date nel testo intorno alle spese utili, sono conformi al diritto romano (Leg. unica, § 5,

Se poi i beni immobili siano periti o siansi deteriorati per colpa del marito, questi e i suoi eredi ne devono tenere indenne quegli a cui la dote deve esser restituita.

Secondariamente in forza dello stesso principio, se i beni da restituirsi in natura siano mobili per esserne rimasta la proprietà presso la moglie, il debitore della dote è tenuto verso la moglie, a restituirli tutti, se tutti ancora esistono; se no quelli attualmente esistenti, e gli uni e gli altri nello stato in cui si trovano. Dei periti e dei deteriorati esso non risponde, ove provi che la perdita o il deterioramento sono avvenuti senza colpa del marito; ossia che sono avvenuti o per caso fortuito o per l'uso stesso a cui erano destinati. Non dando tal prova, egli deve tenere indenne il creditore della dote, dei deterioramenti e pagare il valore di quelli che non possono restituire o il prezzo ritratto dalla vendita dei medesimi fatta per causa di utilità (art. 1411).[1]

Ma eccezionalmente la moglie ha la facoltà di ritenere la biancheria e ciò che serve all'ordinario e necessario suo abbigliamento, quantunque ciò che portò dello stesso genere siasi consumato con l'uso; reputandosi bene a ragione che la rinnovazione di tali oggetti siasi fatta con l'intendimento di surrogarli a quelli che andavano deperendo e con l'animo che

---

C. de rei uxor. act. V, 13). Esse sono applicate nel diritto francese da valenti interpreti (Toullier, XIV, 326 e 327; Troplong, IV, 3640; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 630), sia perchè le disposizioni del diritto romano erano state in vigore nelle province di *diritto scritto*, e da quello i compilatori del Codice napoleonico avevano desunto il regime dotale; sia perchè l'articolo 1558 del Codice napoleonico, permettendo l'alienazione dei beni dotali per le riparazioni necessarie, la proibisce implicitamente per le spese utili. Altri scrittori però (Benoît, II, 245; Sériziat, n. 214 e 236; Rodière et Pont, III, 1908 e 1909) reputano che il diritto di ritenzione appartenga al debitore della dote anche per le spese utili. Infine v'ha chi in modo assoluto nega al debitore della dote il diritto di ritenzione; e gli riconosce invece la facoltà di opporre in compensazione non solo le spese necessarie ma anche le utili (Odier, III, 1432). Quanto al diritto patrio basta ricordare le varie condizioni necessarie per l'alienazione della dote per causa di utilità, per accettare senza riserva le dette decisioni.

[1] Vedi Aubry e Rau, loc. cit.

divenissero proprietà della moglie. Questa decisione deve applicarsi anche nel caso in cui la biancheria e gli oggetti di abbigliamento attualmente esistenti siano di un valore superiore a quelli che la moglie portò; senza che questa sia inoltre tenuta per l'eccedenza, a pagare l'equivalente al marito o ai suoi eredi; perocchè l'aumento di tali oggetti non può regolarmente aver causa che nell'agiatezza della famiglia di cui è parte principalissima la moglie; ed è perciò ragionevole il presumere che siasi avuto l'animo che tali oggetti, anche nella eccedenza, divenissero e rimanessero proprietà della moglie (art. e arg. art. 1411 alinea). [1] Al contrario se gli oggetti di biancheria o di abbigliamento che la moglie attualmente possiede siano di un valore inferiore a quello degli oggetti che portò, ha diritto a conseguire il valore della differenza, quasi ad indennità dell'inesatto adempimento dell'obbligo che il marito aveva di mantenere la moglie, e di tenerla quindi fornita di quegli oggetti, almeno nella quantità da essa portata. [2] Queste regole sono applicabili anche nel caso in cui la biancheria e gli oggetti d'abbigliamento portati dalla moglie, erano passati in proprietà del marito, per essere stati primitivamente dati con una stima; deve peraltro detrarsene allora il valore (art. 1411 alinea). [3] Del resto trattasi di una facoltà accordata alla moglie, alla quale può anche rinunziare e chiederne invece il prezzo di stima.

In terzo luogo, per virtù dello stesso principio, se la dote non istimata, e perciò rimasta proprietà della moglie, comprende crediti di qualsiasi genere, come capitali o rendite costituite, che abbiano sofferto perdita o diminuzione non imputabile a negligenza del marito, questi ne è liberato,

---

[1] Consulta Troplong, IV, 3645; Marcadé, art. 1566; Rodière et Pont, III, 1899, 1890; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 631; *contro* Duranton, XV, 558.

[2] Dott. cit. loc. cit.

[3] La disposizione dell'articolo 1411 alinea, è senza dubbio generale ed assoluta, siccome risulta dalla espressione *in qualunque caso* (Consulta Rodière et Pont, III, 1899 e 1900; Marcadé, art. 1566; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 631).

restituendo i relativi titoli e documenti (art. 1412). Ma se il marito sia divenuto cessionario dei crediti, in forza del contratto di matrimonio, egli dovrà restituire il prezzo della cessione, salvo il diritto alla garantia, giusta le disposizioni degli articoli 1542 e seg. [1]

Da ultimo se la dote è stata costituita sopra un usufrutto, il marito od i suoi eredi non sono tenuti che a restituire il diritto di usufrutto, non già i frutti raccolti o scaduti durante il matrimonio, i quali appartennero ed appartengono al marito e per esso ai suoi eredi (art. 1413). [2] I frutti poi e gl'interessi dell'ultimo anno si dividono, giusta la disposizione dell'articolo 1416, come vedremo nel numero seguente.

Quando poi i beni dotali siano passati in proprietà del marito per la stima fattane *venditionis gratia* o per la loro natura, il debitore della dote deve pagare quanto ai primi, il prezzo di stima; pel quale inoltre la donna gode nei congrui casi, dell'ipoteca legale, giusta l'articolo 1969, 1°. Quanto ai secondi, può il debitore in mancanza di stima restituire altrettanti oggetti della stessa natura e qualità, o pagarne il valore che hanno nel giorno, in cui si estingue pel marito il diritto di godimento sulla dote; ma anche in questa ipotesi la moglie può invocare il benefizio dell'articolo 1411 per gli oggetti che contempla.

212. Con la dote devono restituirsi alla moglie o ai suoi eredi i frutti e gl'interessi della medesima, dal giorno in cui cessa nel marito il diritto di godimento, cioè della dimanda di separazione di corpo e di beni, dal giorno dello scioglimento del matrimonio, o della sentenza d'immissione nel possesso temporaneo della dote per effetto dell'assenza dichiarata di uno dei coniugi (arg. art. 1415, 1423, e 26). [3] Da tali giorni i frutti

---

[1] Duranton, XV, 559; Rodière et Pont, III, 1903; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 631.

[2] Vedi numero seguente.

[3] Consulta Rodière et Pont, III, 1935 e 2169; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 632; Duranton, XV, 570; Troplong, IV, 3672; nota però che questi due ultimi fissano nel secondo caso il giorno della sentenza e non della dimanda di separazione (Vedi appresso n. 216).

corrono di diritto a favore della moglie o de' suoi eredi. [1] Ma se lo scioglimento del matrimonio accade per la morte del marito, la donna in luogo di esigere, durante l'anno di lutto gl'interessi e i frutti della sua dote, può farsi somministrare gli alimenti pel tempo anzidetto, dall'eredità del medesimo. Essa inoltre ha diritto in ambidue i casi che dall'eredità del marito le sia fornita durante l'anno di lutto, l'abitazione e le vesti di lutto (art. 1415). Il diritto di scelta, l'abitazione e il diritto alle vesti di lutto appartengono alla moglie benchè il marito le abbia fatto un legato; salva la volontà contraria di lui.

Per quanto poi concerne i frutti e gl'interessi della dote nell'ultimo anno di matrimonio, essi si dividono fra il coniuge superstite e gli eredi del premorto, in proporzione della durata del matrimonio nel suo ultimo anno. L'anno si computa dal giorno corrispondente a quello del matrimonio (art. 1416). Nella divisione devono esser compresi i frutti e gl'interessi non solo percetti ma eziandio quelli da percepirsi durante l'anno in cui si estingue, pel marito, il diritto di godimento della dote. La medesima divisione poi deve esser fatta nella proporzione anzidetta non solo, se la dote consiste in beni immobili o in denaro, ma eziandio se sia stata costituita sopra un diritto di usufrutto (art. 1416), a differenza di quanto è disposto dall'articolo 480 nei rapporti fra il proprietario e l'usufruttuario. In fine queste regole di divisione sono applicabili non solo ai prodotti annuali, ma anco a quelli che si ottengono in periodi più lunghi. [2]

213. Se la dote consiste in immobili, ovvero in mobili non istimati nel contratto nuziale, o stimati con dichiarazione che la stima non ne toglie alla moglie la proprietà, il marito o i suoi eredi possono essere costretti a restituire senza dilazione la dote, sciolto che sia il matrimonio (art. 1409).

---

[1] Rodière et Pont, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 35.

[2] Toullier, XIV, 314; Duranton, XV, 458; Proudhon, De l'usufr. V, 2735-37; Marcadé, art. 1571, II; Rodière e Pont, III, 1940; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 635.

Se poi la dote consiste in una somma di denaro o in beni mobili ed immobili passati in proprietà del marito, la restituzione non può dimandarsi che un anno dopo cessato il godimento del medesimo; [1] acciò egli o i suoi eredi possano aver agio a procurarsi le somme che debbono restituire (art. 1410). Per la medesima ragione non può neppure dimandarsi che dopo l'anno, la restituzione del valore degli oggetti che per natura loro divennero proprietà del marito e del prezzo di quelli alienati validamente dal marito in forza del contratto di matrimonio, o del suo diritto di amministratore della dote. [2] Ma se la restituzione della dote debba aver luogo in seguito della separazione di beni, la moglie o i suoi eredi possono senza dilazione dimandare la consegna dei beni in natura, o il pagamento del valore di tutti gli obbietti dotali senza distinzione. [3]

Durante l'anno, la moglie o i suoi eredi che hanno diritto alla restituzione della dote, non possono pretendere che ad essi sia prestata cauzione per garantia delle loro ragioni. Ma quegli che deve fare la restituzione è soggetto a perdere il benefizio del termine, giusta la regola di diritto comune stabilita dall'articolo 1176. [4]

Del resto queste regole sul tempo in cui deve farsi la restituzione della dote in tanto sono applicabili, in quanto convenzioni valide non abbiano stabilito diversamente.

Se la dote non istimata comprende capitali o rendite costituite che abbiano sofferto perdita o diminuzione non imputabile a negligenza del marito, questi ne è liberato, restituendo i relativi titoli e documenti (art. 1412).

---

[1] Consulta Duranton, XV, 554; Rodière et Pont, II, 623; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Duranton, XV, 550; Marcadé, art. 1564-1565; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Consulta Duranton, XV, 553; Troplong, IV, 3637; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 636.

[4] Vedi sopra n. 39; Duranton, XV, 553; Rodière et Pont, III, 1913; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 636.

Se nel tempo in cui si faccia luogo alla restituzione della dote, duri l'affitto dell'immobile dotale fatto durante il matrimonio, si osserva quanto è stabilito per le locazioni fatte dall'usufruttuario; cioè ove esso sia stato fatto per un tempo eccedente i cinque anni, non sarà durevole nella ipotesi della restituzione della dote, se non per il quinquennio che si trova in corso nel medesimo tempo, giusta la disposizione dell'articolo 493 (art. 1417).

214. La separazione della dote dai beni del marito non può esser dimandata che dalla moglie; perciocchè è intesa a garantire la dote di lei, nel suo privato e personale interesse (art. 1418). Ma se essa venga a morire pendente il giudizio, i suoi eredi possono proseguirlo, ove ne abbiano interesse; come nel caso che volessero impugnare gli atti fatti dal marito in pendenza del giudizio medesimo. [1] Ne sembra pure che possa essere proseguito dai creditori di lei. [2]

All'infuora della moglie, la separazione della dote non può esser dimandata da alcuno; e in specie non può dimandarsi dal marito, neppure nel caso di separazione personale, alla quale abbia dato causa il fatto della moglie (arg. *a contr.* art. 1418 alinea). [3] Nemmeno può dimandarsi dai creditori particolari della moglie; perchè sebbene la separazione non sia in sostanza che di interesse pecuniario, pure si connette con interessi morali dell'ordine più elevato, in quanto che potrebbe turbare l'armonia domestica a danno dei coniugi e de' figli; perciò della convenienza e dell'opportunità di domandarla, deve esser lasciata arbitra assoluta la moglie. Ma ove questa consenta, anche i creditori di lei possono dimandare la separazione (art. 1421); il consenso prestato però non la lega irrevocabilmente; avendo la facoltà di rivocare il suo consenso, e per tal

---

[1] Troplong, II, 1394; Marcadé, art. 1446, II; Rodière et Pont, III, 2117; Aubry e Rau, V, § 516, pag. 388; nota però che questi giureconsulti trattano della separazione di beni, come stato opposto a quello della comunione di beni.

[2] Marcadé, art. 1447, II.

[3] In diritto francese la separazione personale produce sempre la separazione dei beni, giusta la disposizione dell'articolo 311 (Vedi Marcadé, art. 1443, II).

guisa arrestare a mezzo il corso dell'azione dei creditori; come potrebbe desistere dall'azione introdotta personalmente da lei.[1]

215. La separazione della dote dai beni del marito non può esser dimandata dalla moglie o dai creditori particolari di lei che in due casi. E primieramente, quando essa moglie sia in pericolo di perdere la dote (art. 1418). Si considera che sia in pericolo di perdere la dote, non solo quando il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di lui non siano sufficienti per soddisfare i diritti di lei (art. cit);[2] ma eziandio quando la condotta sregolata del medesimo faccia temere che i frutti e gl'interessi della dote non siano impiegati all'uso a cui sono destinati, cioè al sostegno dei pesi matrimoniali, per quanto il capitale dotale non corra verun pericolo.[3] Più ancora deve considerarsi in pericolo la dote anche quando la cattiva amministrazione del marito faccia temere che i beni dotali andranno deperendo o che dai medesimi non sarà ritratto veruno o minimo prodotto a vantaggio dei coniugi e della famiglia, contrariamente alla loro legale destinazione.[4] Se la moglie dimanda la separazione per il timore che i beni del marito non siano sufficienti per garantirle la restituzione della dote, essa deve provare che questa insufficienza è sopravvenuta dopo il matrimonio e che ha avuto per causa il disordine degli affari del marito; talchè ove l'una e l'altra condizione non sia provata, non può farsi luogo alla separazione (arg. art. 1418).[5] Nulla rileva però che il disordine degli affari del marito dipenda da mala gestione, da prodigalità, o da altra simile cagione volontaria, o da circostanze a lui non imputabili a colpa, come

---

[1] Marcadé, art. 1447, II.

[2] Vedi Marcadé, art. 1443, I, che dimostra essere soltanto apparentè la distinzione fra la causa del pericolo di perdere la dote e quella del disordine degli affari del marito.

[3] Toullier, XIII, 24; Troplong, II, 1315-1318; Rodière et Pont, III, 2102; Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, V, § 516, pag. 391.

[4] Marcadé, loc. cit.

[5] Troplong, II, 1329; Rodière et Pont, III, 2098; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 392.

se per esempio, abbia sofferto gravi perdite per fallimento di case bancarie o di società, presso le quali aveva impiegato i suoi capitali.[1] Anzi non gioverebbe al marito per respingere la dimanda di separazione, l'addurre che il disordine de'suoi affari ha avuto causa nelle spese di eccessivo lusso fatte dalla moglie medesima; perocchè al postutto era dover suo ed aveva il diritto di moderarle.[2]

Del resto, la questione se la moglie sia o non in pericolo di perdere la dote, è di fatto da decidersi dal giudice, con le norme del suo prudente arbitrio. Appena poi merita di esser notato che se il pericolo della dote non sia stato riconosciuto su di una prima domanda, può essere riproposta più volte successivamente la stessa domanda; potendo nel decorso del tempo sopravvenire altri fatti che mettano veramente e seriamente in pericolo la dote; per modo che non può neppure formarsi cosa giudicata in così fatta questione.[3]

In ogni caso è necessario che il pericolo sia presente: non basta quindi per legittimare la dimanda di separazione della dote, un pericolo futuro ed eventuale.[4]

Riconosciuto che sia il pericolo della dote, la moglie può dimandarne la separazione, quand'anche abbia di fatto abbandonato la casa coniugale.[5]

In secondo luogo la moglie può dimandare la separazione della dote, se abbia ottenuto sentenza di separazione personale contro il marito (art. 1418). Eguale diritto non le appartiene, ove la separazione personale abbia avuto luogo per mutuo consenso; perocchè da una parte questo consenso, per quanto

---

[1] Merlin, Rép. v° Séparation de biens, sect. II, § 1, n. 5; Toullier, XIII, 3; Troplong, II, 1333; Rodière et Pont, III, 2108; Marcadé, art. 1443, I; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 393.

[2] Troplong, II, 1434; Marcadé, loc. cit.; Rodière et Pont, III, 2094; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 394.

[3] Dott. cit. loc. cit.

[4] C. C. Napoli, 28 novembre 1868, A. II, 1, 360.

[5] Demolombe, IV, 103; Rodière et Pont, III, 2111; Marcadé, Aubry e Rau, loc. cit.

omologato dal tribunale, non equivale a sentenza, e dall'altra è ignoto, se alla separazione personale abbia dato causa il fatto del marito; ciò che è presupposto dalla legge nella presente ipotesi.

216. La separazione della dote dai beni del marito non può aver luogo che giudizialmente; ed ogni separazione stragiudiziale, o fatta per convenzione, è nulla; perocchè trattasi di derogare al contratto di matrimonio (art. 1418).

Le spese del giudizio di separazione, e quelle di pagamento della dote sono a carico del marito che col fatto suo dà causa alle medesime (art. 1420 alinea).

Ma non basta che la separazione della dote siasi fatta giudizialmente. Essa quantunque pronunziata dall' autorità giudiziaria rimane senza effetto, quando fra sessanta giorni successivi alla sentenza non sia stata eseguita mediante atto pubblico, col reale soddisfacimento dei diritti spettanti alla moglie sino alla concorrenza dei beni del marito, od almeno nel detto termine la moglie non abbia proposte e proseguite le relative istanze (art. 1419).

I creditori del marito possono reclamare contro la separazione della dote pronunziata dall' autorità giudiziaria, ed anche eseguita in frode dei loro diritti (art. 1422). Ma l' annullamento della separazione che essi ottengano, non è efficace che a loro riguardo: rispetto ai coniugi e ad altre persone, la dote si riterrà come separata dai beni del marito.[1]

La sentenza che pronunzia la separazione dei beni, è retroattiva sino al giorno della domanda non solo nei rapporti fra i coniugi, ma anche riguardo ai terzi, essendo generale ed assoluta la disposizione di legge (art. 1420). Perciò la moglie ha diritto dal giorno della dimanda alla restituzione dei frutti e degl'interessi dei beni dotali e non solo di quelli rimasti in sua proprietà ma anche di quelli che divennero proprietà del marito; perocchè atteso l'effetto retroattivo della sentenza di separazione, si reputa che anco questi divennero esigibili nel

---

[1] Marcadé, art. 1441, III.

giorno della domanda, e che quindi in tal giorno se ne dovesse fare la restituzione. [1] Deve peraltro prelevarsi sui frutti ed interessi da restituirsi il contributo dovuto dalla moglie alle spese domestiche ed a quelle dell'educazione della prole (articolo 1423). [2]

Del pari per la stessa ragione, il sequestro fatto sui frutti ed interessi della dote dai creditori del marito, dopo promossa la dimanda di separazione, caduca per effetto della sentenza che ha accolto questa dimanda. [3]

Ma gli atti di semplice amministrazione fatti dal marito durante il giudizio di separazione sono validi in riguardo alla moglie, salvochè questa provi che sono stati fatti in frode delle sue ragioni. [4]

217. La separazione della dote dai beni del marito ha l'effetto di rendere alla moglie la libera e piena amministrazione e il godimento dei beni dotali (art. 1424 e arg. art. 1423). Quindi pel primo capo la moglie può fare tutti gli atti di amministrazione non solo ordinaria ma eziandio straordinaria. [5] Così può riscuotere gl'interessi dei beni costituiti in dote, e dei lucri dotali; [6] e pel secondo capo può usare e godere dei beni dotali, come le aggrada, e impiegare le rendite dei medesimi, come meglio crede. Ma deve contribuire in proporzione delle sue sostanze e di quelle del marito, alle spese domestiche ed a quelle dell'educazione della prole (art. 1423). Ove poi il marito non abbia sostanze proprie, le suddette spese gravano per intiero sopra di lei, senza diritto a rimborso contro il marito

---

[1] Consulta Duranton, XV, 353; Troplong, XV, 3637; Aubry e Rau, V, § 540, pag. 635 testo e nota 50; Rodière et Pont, III, 1913; Marcadé, art. 1448, I.

[2] Vedi n. seg.

[3] Troplong, II, 1389; Aubry e Rau, V, § 516, pag. 401; Rodière et Pont, III, 2178; Marcadé, loc. cit.

[4] Vedi Toullier, XIII, 103; Marcadé, art. 1448, I.

[5] Consulta, ma con cautela, sugli atti che possano farsi dalla moglie in virtù del diritto di libera amministrazione, Duranton, XIV, 426 e seg.; Troplong, II, 417 e seg.; Marcadé, art. 1449; Aubry e Rau, V, § 516, pag. 402, 403.

[6] Vedi C. C. Torino, 20 gennaio 1870, B. XXII, 1, 58.

la cui fortuna rifiorisse (arg. art. 1423).[1] Essa però non è tenuta a cedere in tutto o in parte al marito l'amministrazione dei suoi beni o a dare cauzione per garantire l'esecuzione di quest' obbligo di contributo. Reputo però che possa venir costretta a passare al marito le somme necessarie per tali spese; rimanendo pur sempre egli il capo di famiglia, ed essendo conveniente che in questa qualità egli faccia le spese. Ma contraria decisione darei nel caso, in cui la condotta del marito facesse temere che le somme versate in sue mani anderebbero disperse in altri usi.[2] Sotto questo riguardo l'autorità giudiziaria deve essere circospetta in modo speciale a costringere la moglie a versare le somme nelle mani del marito; perocchè ciò non ostante, essa rimane obbligata per la sua parte, verso i terzi non soddisfatti da lui.[3]

Nulla però impedisce alla moglie di lasciare al marito l'amministrazione e il godimento della dote, della quale ha ottenuto la separazione. In tal caso i loro rapporti debbono per analogia regolarsi, dalle disposizioni degli articoli 1428 e 1431, concernenti l'amministrazione e il godimento dei beni parafernali, conceduti dalla moglie al marito.[4] Ma al tempo stesso la moglie conserva la facoltà di riprendere l'amministrazione e il godimento della dote; perocchè la concessione dei medesimi è essenzialmente precaria, come pure esige l'interesse di lei e della famiglia; nè sarebbe valido il patto in contrario, che non immeritamente potrebbe considerarsi una specie di ricostituzione di dote durante il matrimonio.[5]

Ma non ostante la separazione, la dote rimane inalienabile, e le somme che la moglie riceve in soddisfazione di essa sono dotali, e devono impiegarsi coll' autorizzazione giudiziale (articolo 1424 alinea). Perciò anche dopo la separazione, la dote

---

[1] Troplong, II, 1438; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 404.

[2] Merlin, Rép. v° Séparation, sect. II, § 5, n. 8; Troplong, II, 1435 e 1436; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 404-405; Rodière et Pont, III, 2185.

[3] Vedi Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 405.

[5] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 406 testo e nota 70.

non può alienarsi od obbligarsi, se nel contratto di matrimonio non siane stata permessa l'alienazione o l'obbligazione o se manchi la causa della necessità o della evidente utilità, giusta le disposizioni degli articoli 1404 e 1405.

Molto più la separazione della dote non ha l'efficacia di sottrarre la moglie alla necessità di riportare l'autorizzazione del marito, ove voglia procedere ad uno degli atti nominati dall'articolo 134.

CAPO III.

DEI BENI PARAFERNALI

SOMMARIO

218. Quali siano i beni parafernali — Sono o no alienabili?

219. Dei diritti della moglie sui beni parafernali — Delle prestazioni a cui la moglie può esser tenuta per tali beni — *Quid iuris*, se la moglie abbia conferito al marito la facoltà di amministrare i beni parafernali, nel contratto di matrimonio, o in altro atto posteriore? — *Quid iuris*, se la moglie senza procura e opposizione, o con procura ma senza condizione di render conto fa godere al marito i beni parafernali? — Quali diritti e quali obbligazioni abbia il marito in cotale ipotesi — *Quid*, se all'infuora di tali circostanze, il marito goda dei beni parafernali?

220. Dell'amministrazione e del godimento dei beni del marito, che abbia la moglie.

218. Sono parafernali tutti i beni della donna, che non sono stati costituiti in dote, o non sono stati surrogati ai dotali (art. 1425). Nulla rileva che essi siano corporali od incorporali, mobili od immobili; nè che procedano da titoli lucrativi di donazione o di successione, o da titoli onerosi di compra, permuta e d'enfiteusi e simili; nè infine che appartenessero alla donna nel tempo del matrimonio, o che siansi acquistati durante il medesimo.

I beni parafernali, a differenza dei dotali, sono assolutamente alienabili e prescrivibili. Quindi fra le altre cose, i creditori della moglie possono agire anche durante il matrimonio, sui medesimi per il conseguimento dei loro crediti in qualunque tempo contratti (arg. *a contr.* art. 1407).

219. La moglie ritiene il dominio, l'amministrazione e il godimento de' suoi beni parafernali (art. 1427). Quindi in riguardo a

questi beni la moglie fra le altre cose, può fare tutti gli atti che sono in facoltà di ogni proprietario, e in specie disporre dei medesimi per atto tra vivi oneroso o gratuito, e per atto di ultima volontà; riportando però ove occorra, la necessaria autorizzazione del marito o del tribunale. Del pari alla moglie appartengono tutti i prodotti dei medesimi. Ove essa però non abbia che beni parafernali, e nel contratto di matrimonio non sia stata determinata la parte per la quale deve soggiacere ai pesi del matrimonio, deve contribuirvi col marito in proporzione delle rispettive sostanze, giusta la disposizione dell'articolo 138 (art. 1426). È inoltre tenuta per questi beni a tutti gli altri doveri che le impone il matrimonio, tanto verso il marito, quanto verso i figli e gli altri parenti ed affini, giusta le disposizioni contenute nel Capo IX, Titolo V del Libro primo; per esempio, a mantenere il marito, se questo non ha mezzi; a prestare gli alimenti ai suoceri, e via discorrendo (art. 1427).

Ma se per legge alla moglie appartiene con la proprietà, l'amministrazione dei beni parafernali, nulla le impedisce di affidar questa al suo marito (art. 1427). Questo mandato è irrevocabile; se è stato conferito col contratto di matrimonio, non potendo cangiarsi le convenzioni matrimoniali dopo la celebrazione del matrimonio (art. 1385). Reputo tuttavia che la moglie possa ottenere la revoca di tale mandato per le cause stesse per cui può dimandare la separazione della dote dai beni del marito; niuna ragione imponendo che la moglie debba soggiacere senza rimedio ad estremi danni per avere affidato i suoi interessi all'uomo con cui si legava indissolubilmente, e che avrà necessariamente stimato uomo dabbene, saggio e prudente. Ove poi il mandato sia stato conferito con atto posteriore, è rivocabile, come ogni altro mandato.

Il marito che ha accettato questo mandato della moglie è in generale, obbligato verso la medesima come qualunque altro mandatario, ed in specie è risponsabile verso di lei della sua colpa. Ma non è tenuto a render conto dei frutti, eccettochè il mandato non gli sia stato conferito sotto questa condizione (art. 1428).

Se il marito ha goduto i beni parafernali della moglie

senza procura ma senza opposizione per parte di essa, od anche con procura, ma senza condizione di render conto de'frutti, egli o i suoi eredi alla prima domanda della moglie od allo scioglimento del matrimonio, non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti, senza obbligo di rendere quelli già consumati, reputandosi che la moglie ne abbia conceduto al marito la piena disponibilità (art. 1429). Devono considerarsi come esistenti i fitti e gl'interessi dei quali i debitori abbiano rilasciato obbligazione a favore del marito, non soddisfatta nel giorno in cui la moglie fa la domanda dei frutti o si scioglie il matrimonio: e il prezzo dei frutti venduti del marito, tuttora dovuto. [1]

Quanto poi ai frutti consumati, il marito o i suoi eredi non sono tenuti a restituirli; quantunque la moglie o i suoi eredi provino che sono stati impiegati dal marito nel suo personale interesse e non per i bisogni della famiglia. [2] Se nelle dette condizioni il marito abbia ceduto i frutti dei beni parafernali, il cessionario non è tenuto a restituire che quelli esistenti nel giorno in cui la moglie del cedente gli abbia fatto opposizione rispetto alla percezione dei medesimi, o il matrimonio venga a sciogliersi. [3]

Il marito che gode i beni parafernali, per virtù del mandato di amministrarli, conferitogli senza la condizione di render conto dei frutti, o per consenso tacito della moglie, è tenuto a tutte le obbligazioni dell'usufruttuario (art. 1431). Ma se abbia fatto dei miglioramenti nei beni parafernali, non potrà per tal titolo ripetere che quanto vi ha speso del proprio; dovendo ritenersi che abbia impiegato le rendite della moglie per aumentarne la fortuna. [4]

---

[1] Toullier, XIV, 365 e 366; Benoît, n. 188 e 189; Rodière et Pont, III, 1918; Aubry e Rau, V, § 541, pag. 641.

[2] Toullier, IV, 368; Troplong, IV, 3707; Aubry e Rau, tom. e § cit. pagina 641; C. C. Torino, 16 gennaio 1868, B. XX, I, 37; *contro* Benoît, n. 177.

[3] C. C. Torino cit.

[4] Benoît, Des paraphernaux, n. 187; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 642 testo e nota 16.

Se poi il marito, nonostante l'opposizione della moglie, fatta con atto anche stragiudiziale, ha goduto dei beni parafernali, egli o i suoi eredi sono tenuti a render conto alla medesima non solo dei frutti esistenti ma anche dei consumati (art. 1431). Nè gioverebbe all'uno o agli altri di addurre che i frutti furono impiegati nei bisogni della famiglia. [1] Appartiene però ad essi il diritto di prelevare la parte di contributo ai pesi del matrimonio a cui è tenuta la moglie; le spese di coltura, delle sementi e della raccolta; e finalmente le spese necessarie e le utili; perocchè essa come profitta di tutti i prodotti e vantaggi dei suoi beni dotali, così deve sopportare tutti i pesi e gl'incomodi. [2]

220. La moglie, oltre il dominio, l'amministrazione e il godimento dei beni parafernali, può avere l'amministrazione e il godimento dei beni del marito, per mandato espresso o per consenso tacito di lui, come se per esempio, occupato in altri negozi privati o pubblici, lasci di fatto alla moglie l'amministrazione della casa e delle sue sostanze, e il godimento di queste. Ove ciò si verifichi, i reciproci diritti ed obblighi sono regolati in questa materia, dalle disposizioni degli articoli 1428, 1429, 1430 e 1431 sopra esposti. [3]

CAPO IV.

DELLA COMUNIONE DEI BENI TRA CONIUGI [4]

SOMMARIO

221. Quale comunione di beni possa stabilirsi tra coniugi — In qual forma debba esser formata.
222. Quali regole di diritto comune e di diritto speciale debbono applicarsi alla comunione di beni tra coniugi, in mancanza di patti speciali; con riguardo speciale all'ammini-

---

[1] Toullier, XIV, 367; Benoît, Des paraphernaux, n. 227 e 228; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 642.

[2] Benoît, Des paraphernaux, n. 229; Rodière et Pont, III, 1985; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 612 e 613.

[3] Relazione Pisanelli, III, 62.

[4] Intorno alla Comunione dei beni tra coniugi, il chiarissimo Pisanelli esponeva nella sua Relazione (III, 61-62). La legge non stabilisce comunione di

221. Non è permesso agli sposi di contrarre altra comunione universale dei beni, fuorchè quella degli utili: questa comunione può essere pattuita, quantunque vi sia costituzione dotale (art. 1433).

Tale convenzione debb'essere fatta nel contratto di matrimonio, e non può stipularsi che abbia principio in un tempo diverso da quello della celebrazione del matrimonio (articolo 1433 alinea).

222. Gli sposi possono stabilire patti speciali per siffatta comunione, alla quale in mancanza, sono applicabili le disposizioni contenute nel titolo della società. In tutti i casi però debbono osservarsi le disposizioni seguenti (art. 1434):

---

beni fra i coniugi, ma ne permette la stipulazione; e non già per la comunione universale dei beni, ma soltanto per quella degli utili. Non possono quindi venir compresi nella comunione, nè l'attivo e passivo degli sposi nel tempo del contratto, nè quel che fosse loro devoluto per successione o donazione durante il matrimonio, ma il solo godimento dei loro beni cadrà nella comunione. Il suo effetto sarà di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente, quando siano derivati dall'industria comune o dai risparmi fatti sui frutti dei beni posti in comunione. L'accennata limitazione poggia sopra un principio d'ordine morale. Già si è avvertito che il regime francese della comunione è straniero alle costumanze italiane. Se nondimeno è in qualche caso stipulato, ciò avviene non nell'interesse reciproco dei coniugi ma soltanto a vantaggio di uno di essi. Sarà un giuoco nel quale una delle parti ha tutto a guadagnare, nulla a perdere, e l'altra tutto a perdere, nulla a guadagnare. Il contratto di matrimonio si cambia in un'anticipata successione. Se per ragione di età, uno degli sposi vuol gratificare l'altro, ciò può fare con una donazione espressa; ma non deve esser lecito di palliare la donazione sotto forma di un contratto commutativo, che può recare grave danno alla prole del precedente matrimonio. Riguardo all'amministrazione della comunione, allo scioglimento e alla ricostituzione di essa, il diritto di rinunziarvi nella moglie o nei suoi eredi, furono riprodotte le norme stabilite dal Codice francese colle modificazioni apportatevi dal Codice delle due Sicilie, e dal sardo.

1° Non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo e passivo presente de' coniugi, nè quello che venisse loro devoluto per successione o donazione durante la comunione; ma il godimento de' beni sì mobili come immobili, presenti e futuri dei coniugi cade nella comunione (art. 1435);

2° Deve farsi dagli sposi prima del matrimonio una descrizione autentica de' loro beni mobili presenti, ed eguale descrizione deve pure esser fatta dei beni mobili che venissero loro a devolversi durante la comunione. In mancanza di tale descrizione o di altro titolo autentico, i beni mobili sono considerati come acquisti della comunione (art. 1437).

Il marito solo può amministrare i beni della comunione e stare in giudizio per le azioni risguardanti la medesima, ma non può, salvo che a titolo oneroso, alienare o ipotecare i beni, la cui proprietà cade nella comunione (art. 1438). [1]

Alle locazioni fatte dal marito de' beni della moglie, il godimento dei quali cade nella comunione sono applicabili le regole stabilite per le dotazioni, fatte dall'usufruttuario (articolo 1439).

223. L'effetto di questa comunione è di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, siano essi derivati dall'industria comune o da risparmi fatti sui frutti o sulle entrate de' coniugi, detratti però sempre i debiti della stessa comunione (art. 1436).

Ma può pattuirsi che i coniugi debbano partecipare in parti disuguali negli utili, ovvero che il sopravvivente possa prelevare su di essi una porzione. Questo patto non è riguardato come una liberalità soggetta alle regole delle donazioni, nè per la sostanza, nè per la forma (art. 1440).

È però proibito il patto che uno dei coniugi debba contribuire nel passivo una maggior parte di quella che fosse per avere nell' attivo della comunione (art. 1440 alinea).

---

[1] Consulta Emilio Bianchi, Brevi osservazioni sugli articoli 1438 e 1441 del Codice civile italiano.

224. La comunione non si può sciogliere che per la morte di uno dei coniugi, per l'assenza dichiarata, per la separazione personale definitiva e per la separazione giudiziale de' beni (art. 1441).[1]

La separazione giudiziale de' beni non può pronunziarsi che in caso di cattiva amministrazione della comunione o quando il disordine degli affari del marito metta in pericolo gl'interessi della moglie. A siffatta separazione sono applicabili le disposizioni degli articoli 1418, 1420 e 1421 (art. 1442).

Se sciolta la comunione i coniugi vogliono ristabilirla, possono ciò fare con un atto pubblico. In questo caso la comunione riprende il suo effetto come se la separazione non avesse avuto luogo, senza pregiudizio però delle ragioni acquistate dai terzi durante la separazione. Ma è nulla qualunque convenzione, colla quale si rinnovasse la comunione con patti diversi da quelli con cui essa era anteriormente regolata (articolo 1443).

Dopo lo scioglimento della comunione, la moglie od i suoi eredi hanno sempre la facoltà di ripudiarla o di accettarla col benefizio dell'inventario, uniformandosi a quanto viene stabilito per le rinunzie all'eredità, o per l'accettazione delle medesime col benefizio dell'inventario, nel capo delle disposizioni comuni alle successioni ec.; e sotto le pene ivi comminate (art. 1444).

Nella divisione della comunione i coniugi od i loro eredi, ed anche in caso di rinunzia od accettazione del benefizio dell'inventario la moglie od i suoi eredi, possono sempre non ostante la disposizione dell'articolo 1437, prelevare le cose mobili, che possono provare con tutti i mezzi autorizzati dalla legge aver loro appartenuto prima della comunione, o esser loro devolute durante la medesima a titolo di successione o donazione.

La moglie od i suoi figli eredi possono valersi della prova testimoniale, qualora si tratti di cose ad essa devolute a titolo di successione o donazione qualunque ne sia il valore.

---

[1] Consulta Emilio Bianchi, loc. cit.

La moglie od i suoi eredi possono anche ripetere il valore delle cose mobili spettanti ad essa ed escluse dalla comunione, ma che non si trovassero più in natura al tempo della divisione, e possono in tal caso provare anche per notorietà il valore delle dette cose.

Questo prelevamento non può farsi a pregiudizio di terzi, che in mancanza di descrizione o d'altro titolo autentico di proprietà, avessero contrattato col marito, quale amministratore della comunione, salvo alla moglie o a' suoi eredi il regresso sulla porzione della comunione spettante al marito, ed anche sui beni di lui particolari (art. 1445-1446).

TITOLO VI.

Della vendita

CAPO I.

NOZIONI GENERALI E CONDIZIONI DELLA VENDITA

SOMMARIO

225. Che cosa sia la vendita — Delle specie di vendita; volontaria e necessaria — Quali siano gli elementi essenziali alla esistenza di essa: consenso, cosa, prezzo — Del consenso: su quali cose debba accordarsi — *Quid* della promessa di vendere?

226. Seguito — Dell'obbietto della vendita — Possono formarne obbietto tutte le cose commerciabili ed alienabili; presenti e future — *Quid iuris*, se la cosa fosse perita in tutto o in parte nel tempo in cui fu stipulato il contratto? — La proprietà o un diritto reale di tali cose può esser dedotto nel contratto di vendita — Una o più cose anche alternativamente possono formare obbietto del contratto stesso.

227. Seguito — Quali cose non possono vendersi: cosa altrui — Nullità della vendita della cosa altrui — *Quid* se una cosa appartenga a più, e sia venduta per intero da un solo di essi? Non può esser dimandata o opposta che dal solo compratore — Conseguenze rispetto al venditore — Entro qual tempo la nullità deve essere dimandata — Quali ragioni abbia il proprietario della cosa venduta da altri, sia questa mobile, sia questa immobile — Il venditore della cosa altrui può esser condannato al risarcimento dei danni? — L'azione di nullità della vendita, cessa per ratifica del proprietario della cosa venduta, o per acquisto fattone dal venditore? — La vendita della cosa altrui, benchè nulla, vale per titolo abile a trasferire il dominio, relativamente agli effetti del possesso? — La cosa altrui può esser venduta validamente sotto condizione? — La vendita della cosa altrui è nulla, quando è fatta da un erede apparente? — O si tratti di cosa determinata soltanto nella specie? — Non può neppure formare oggetto di vendita un'eredità futura — Nullità assoluta di essa, ove sia fatta — *Quid iuris*, se coi diritti di successione siano stati venduti beni presenti?

228. Seguito — Del prezzo necessario per la vendita — Quali caratteri deve possedere; tre: deve consistere in una quantità di denaro; deve esser vero o serio; deve esser certo e determinato — Può rimettersi ad un terzo la determinazione del prezzo? — Allora la vendita è pura o condizionale? — Può la determinazione del prezzo farsi, mediante relazione ad una certa e determinata mercuriale.

229. In qual forma deve essere stipulata la vendita — Chi debba sopportare le spese occorrenti per questa?

230. Delle modalità che possono apporsi al contratto di vendita.

231. In qual momento si perfeziona la vendita — Principio generale — Occorre per ciò la tradizione della cosa, e il pagamento del prezzo? — Eccezioni risguardanti la vendita di cose, delle quali si usa far l'assaggio, o la prova — Della vendita a campione.

232. Dei requisiti necessari per la validità della vendita: validità del consenso, capacità dei contraenti — Quali persone siano capaci o no di comprare e vendere.

225. La vendita è un contratto con cui l'una delle parti trasferisce o si obbliga di trasferire all'altra la proprietà di una cosa, mediante un prezzo che questa si obbliga di pagare a quella. [1] La persona che si obbliga di trasferire la proprietà chiamasi venditore, l'altra compratore.

La vendita può essere *volontaria* e *necessaria;* privata e pubblica. È volontaria; quando il proprietario vi procede spontaneamente. È poi necessaria, quando il proprietario vi procede, costretto da una necessità giuridica cui è soggetto. Questa necessità giuridica può procedere da parecchie cause e specialmente: *a)* da una convenzione o da un testamento che imponga al proprietario l'obbligo di vendere una cosa che gli appartiene; *b)* dalla causa di pubblica utilità; *c)* dallo stato di comproprietà d'una cosa che non sia comodamente divisibile, donde la licitazione; *d)* dal diritto di espropriazione appartenente ai creditori contro i beni del debitore e contro i beni del terzo ipotecati a favor loro; *e)* infine dall'obbligo imposto in determinati casi, agli amministratori di procedere alla vendita delle cose da loro amministrate. È poi privata o pubblica la vendita; secondo che il proprietario tratta col compratore di sua elezione e con esso conchiude il contratto alla privata; o mette la cosa ai pubblici incanti per aggiudicarla al maggior offerente. Per regola appartiene ad ogni proprietario la scelta di vendere le cose sue privatamente o pubblicamente. Ma v'hanno dei casi in cui la legge prescrive che la vendita sia fatta pubblicamente. Questi

---

[1] Dico non solo che il venditore *trasferisce* ma eziandio che *si obbliga di trasferire* la proprietà; perchè non sempre la vendita la trasferisce immediatamente. Ho poi sostituito alla espressione si obbliga di *dare* usata nel testo dell'articolo, quella di *trasferire* la proprietà perchè il *dare* nel diritto patrio non ha il significato tecnico romano di *trasferire* la proprietà (vedi sopra n. 27 pag. 40 testo e nota 1 e vedi appresso n. 227, pag. 446 testo e nota 2). In diritto romano invece la compra e vendita si definisce per un contratto consensuale, pel quale una persona (venditore) si obbliga di fare avere ad un'altra (compratore) una cosa, per una determinata somma di denaro, che quest'ultima si obbliga di pagarle (Inst. princ. de empt. et vend. III, 23; Leg. II, § 1, D. de contr. empt. XVIII, 1).

casi possono distinguersi in due categorie; comprendendosi nella prima le espropriazioni forzate propriamente dette (articoli 2076-2089); e nella seconda tutte le altre vendite necessarie o volontarie che debbono farsi al pubblico incanto.

In generale e salve le regole di procedura, sono identici gli effetti della vendita, sia essa volontaria o necessaria, privata o pubblica. Tuttavia non ha luogo nelle vendite giudiziali l'azione redibitoria (art. 1506), e nelle vendite ai pubblici incanti la rescissione a titolo di lesione (art. 1536).

Tre sono gli elementi essenziali alla esistenza della vendita: il consenso, la cosa, e il prezzo. [1]

Il consenso delle parti deve primieramente accordarsi sulla cosa e sul prezzo; quindi non si forma contratto, se io intenda di vendere il fondo Corneliano, e tu di comprare il fondo Tusculano; o se io intenda di vendere per dieci, e tu di comprare per cinque; ma se invece io intenda di vendere per cinque e tu di comprare per dieci, si forma il contratto per cinque; perchè in cinque conveniamo. [2]

Le parti debbono consentire eziandio sulle modalità del contratto; per esempio tu devi voler comprare sotto la stessa condizione con cui intendo di vendere e viceversa. [3]

Infine le parti debbono accordarsi intorno alla proprietà o ad un diritto frazionario di questa e intendere di fare un'alienazione; altrimenti formerebbero un contratto diverso; per esempio la locazione, convenendo sul godimento della cosa. [4]

Quanto alla promessa di vendere o di comprare, essa è regolata dai principî generali di diritto; perciò, se è unilaterale, ossia fatta da una delle parti e accettata dall'altra senza obbligarsi o ripromettere, è obbligatoria pel promittente, che per ciò rimane obbligato a stipulare il contratto, tostochè

---

[1] Quanto alla formalità dell'atto pubblico o della scrittura privata (vedi appresso n. 229).

[2] Vedi sopra n. 53 e seg.

[3] Vedi sopra n. cit.

[4] Leg. 65 in fine; Leg. 8, § 3, D. de contr. empt. XVIII, 1.

l'accettante dichiara di voler fare l'acquisto; in caso di rifiuto, la sentenza del giudice terrà luogo del contratto. Se poi la promessa sia bilaterale, fatta cioè da una delle parti e accettata dall'altra che si obbliga con la ripromessa, e contenga tutti i requisiti necessari alla perfezione della compra-vendita, equivale a questo contratto. [1]

226. Può formare obbietto della vendita ogni cosa commerciabile; salvo che la legge non ne vieti l'alienazione (art. 1116 e 1404). [2] Possono formarne oggetto tanto le cose corporali, quanto le incorporali: così le cose singole, come una università di cose o di diritti (art. e arg. art. 1116 e 1545). Possono formarne obbietto non solo le cose presenti o attualmente esistenti, ma anche le future (art. 1118 princ.). [3] Ove al tempo del contratto la cosa sia interamente perita, la vendita si considera come non stipulata (art. 1461). [4] Ma se ne fosse perita soltanto una parte, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto o di domandare la parte rimasta, facendo ridurre il prezzo nella proporzione di questa parte alla cosa intera (art. 1461 alinea). [5]

---

[1] C. C. Firenze, 30 dicembre 1870, B. XXII, 1, 1007. — Nella prima edizione fui d'avviso che le parti fossero obbligate a procedere alla stipulazione del contratto, e che in caso di rifiuto, ne potesse tener luogo la sentenza del giudice; sia perchè non era stato riprodotto l'articolo 1589 del Codice napoleonico, il quale stabiliva formalmente « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix; » sia perchè mi sembrò che il promettere si riferisse anche in questo negozio al tempo avvenire. Ma riconosco più semplice e ben fondata nei principî di diritto la decisione della Corte di Cassazione di Firenze. Consulta pure sulla promessa di vendere la magistrale sentenza della corte d'Appello di Firenze, 24 maggio 1869, A. III, 2, 340 e note quivi.

[2] Inst. § 15, de empt. et vend. III, 23; Leg. 6 princ.; Leg. 34, § 1, e Leg. 75 princ. D. de contr. empt.; Leg. 1, 3 e 4, C. quae res venire non possunt, IV, 40; Leg. 4, 5 e 6 princ.; Leg. 62, § 1, D. de contr. empt. XVIII, 1°.

[3] Vedi sopra n. 62 e seg.

[4] Vedi Leg. 57 e 58, D. de contr. empt.

[5] Per diritto romano il compratore non poteva pretendere che una diminuzione proporzionale di prezzo, se della cosa era perita la metà o meno: l'alternativa concedutagli indistintamente dal diritto patrio, non apparteneva a lui che nel caso in cui della cosa fosse perita la maggior parte (Leg. 57 e 58 cit.).

Inoltre la cosa che forma oggetto del contratto di vendita, deve essere trasmissibile al compratore; dimodochè se questi ne era di già proprietario, la vendita si avrebbe per non fatta.[1] Ma della cosa commerciabile può esser venduta non solo la proprietà, ma anche una frazione di essa; per esempio il diritto di enfiteusi e di servitù personale o prediale.

Del resto come ogn'altro contratto, così la vendita può avere per oggetto due o più cose prese alternativamente, e l'effetto di essa anche a questo riguardo, è regolato dai principî generali dei contratti (art. 1449 alinea 1° e 2°).

227. Ma l'enunciato principio va soggetto a parecchie eccezioni. Perciocchè omesso che per leggi speciali vi hanno delle cose che quantunque commerciabili non possono vendersi che da persone determinate o sotto certe condizioni, quali sono, il sale, i tabacchi, le carte da giuoco, e le sostanze venefiche; la legge civile formalmente dichiara nulla la vendita della cosa altrui; perocchè il venditore non può trasferire al compratore la proprietà della cosa che non ha (art. 1459).[2]

---

[1] Leg. 16, D. de contr. empt.

[2] In diritto romano era valida la vendita della cosa altrui; perchè giusta la teoria dei nostri maggiori il venditore non aveva l'obbligazione propria e diretta di trasferire al compratore la proprietà della cosa venduta, egli non era tenuto che a procurargliene il pacifico possesso: *venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat* (Leg. 30, § 1, D. de act. empt. vend. XIX, 1; Vedi pure Leg. 25, § 1, D. de contr. empt.); era cioè tenuto meno *ad dandum* che *ad tradendum: Venditori sufficit... possessionem tradere* (Leg. 1 princ. D. de rer. permut. XIX, 4; vedi pure Leg. 11, § 2 princ. D. de act. empt. vend. XIX, 1). Ma si osserva da eminenti romanisti che tale regola è contraria alla natura della vendita. Essa, proseguono gli stessi, è stata suggerita verosimilmente dalla necessità di far partecipi gli stranieri del benefizio della vendita, che è un contratto eminentemente *iuris gentium;* poichè altrimenti per essere incapaci di proprietà civile, ne sarebbero stati esclusi (Consulta Maynz, II, § 295, pag. 185, Observation; Van Wetter, II, § 226, pag. 1-2). Nulla quindi di più naturale e legale che tale teoria non sia stata punto seguita, e ne sia stata introdotta una nuova perfettamente conforme alla natura della vendita, e rispondente alla intenzione delle parti, che stipulando il contratto di vendita non possono non volere trasmettere e acquistare direttamente e immediatamente la proprietà della medesima. Il nuovo sistema inoltre non ha

Se una cosa appartenga a più comproprietari e sia venduta per intero da alcuno di essi, la vendita è valida per la parte che è sua, nulla per la parte dei suoi comproprietari. Tuttavia il compratore può domandare la nullità della vendita per l'intero, se la parte non appartenente al venditore sia relativamente al tutto di tale entità, che quegli non avrebbe fatto la compra senza questa parte (arg. art. 1491). [1]

La nullità della vendita della cosa altrui non è assoluta ma relativa; stabilita cioè a favore del solo compratore, e perciò da esso solo esercibile. [2]

---

il grave inconveniente del romano, che costringeva il compratore a subire una posizione precaria e a tenere il possesso d'una cosa, di cui poteva esser privato ad ogni istante, e distoglieva questo dall'affezionarsi alla cosa acquistata, e di spendervi le proprie cure.

[1] Duvergier, I, 224; Troplong, I, 207; Aubry e Rau, tom. e § cit. pagine 357-358; Marcadé, loc. cit.: consulta, ma con discernimento, Napoli, 28 aprile 1871, A. V, 2, 263.

[2] È noto quanto grandemente sia stato e sia controverso il carattere e gli effetti della vendita della cosa altrui. Merlin (Quest. v° Hypotèques, § 4 bis, n. 6), Troplong (I, 238) e Larombière (I, art. 1138, n. 28) insegnano che la nullità della vendita della cosa altrui sia puramente relativa, e che perciò il venditore non possa mai valersene nè in via d'azione, nè in via d'eccezione. Questa teoria è stata seguíta dai compilatori nel nostro Codice, imperocchè negano formalmente al venditore il diritto non pure di proporre, ma anco di opporre la nullità della vendita. Il Sig. Huc (Le Cod. civ. ital. e le Cod. nap.) sostiene la stessa teoria, fondandola sull'errore « ayant porté sur une quantité substantielle de la chose vendue; » inquantochè il compratore credeva che questa cosa appartenesse al venditore e che per conseguenza ne sarebbe egli divenuto proprietario. Riferisce poi che questa teoria tende a prevalere nelle scuole. Può ancora noverarsi fra i partigiani di questa teoria Duvergier (II, 220); in quanto almeno (e con molta logica nella teoria del sig. Huc) concede l'azione di nullità a favore del venditore che in buona fede vendè la cosa altrui, perchè anche il consenso di lui sarebbe stato viziato dall'errore sulla qualità sostanziale della cosa. Dall'altro canto (tacendo delle minori teorie secondo le quali la vendita della cosa altrui è nulla come vendita, ma costituisce un contratto innominato *sui generis* perfettamente valido), Aubry e Rau, IV, § 351, pag. 354 testo e nota 44, Marcadé, (art. 1599), Mourlon (III, 523-524) e Boissinade citato da Huc, insegnano che la vendita della cosa altrui sia nulla in modo assoluto e che perciò la nullità possa venire opposta eziandio dal venditore convenuto per la esecuzione del contratto;

Egli può prevalersene tanto in via d'azione quanto in via d'eccezione e dimandare la restituzione del prezzo; quantunque sia stato messo in possesso della cosa comprata e non vi sia molestato. Peraltro il compratore non potrebbe pretendere al tempo stesso di valersi della nullità della vendita per non pagare o ripetere il prezzo, e di ritenere per valido a suo favore il contratto per dimandare o non restituire la cosa.

La facoltà di dimandare la nullità della vendita o di opporla appartiene al compratore, benchè di mala fede o sciente che la cosa era altrui, e benchè il venditore in buona fede si credeva proprietario della cosa che vendeva (arg. art. 1459).[1] Se però il compratore sia di mala fede ed il venditore di buona fede, quegli non solo non ha diritto a ripetere le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita, ma può anche essere condannato al risarcimento de' danni verso il venditore.

Al contrario il venditore non può dopo fatta la tradizione della cosa, domandare la nullità della vendita e la restituzione della medesima, tanto perchè gli può esser opposta la massima: *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, quanto perchè non essendo proprietario della cosa non ha qualità per dimandarne la restituzione. Nè prima della tradizione, può opporre la nullità medesima al compratore che gli domandi la consegna della cosa, nè può perciò rifiutargliela (art. 1459 alinea). La vendita della cosa altrui adunque produce contro il venditore tutte le obbligazioni che la vendita della cosa propria, meno quella di trasferire la proprietà al compratore.

La domanda di nullità non può esser proposta dal compratore che entro cinque anni dal giorno in cui fu fatto il contratto se egli conosceva che la cosa era altrui, altrimenti dal

---

ma negano a questo il diritto di proporla in via d' azione, perchè non può evincere chi deve garantire, e perchè il venditore non proprietario non ha qualità per agire contro il compratore. Questa teoria è secondo me la più soddisfacente come la più conforme al motivo essenziale della nullità che è quello di non aver potuto il venditore trasferire la proprietà al compratore.

[1] Consulta Marcadé, art. 1599, II.

giorno in cui ciò conobbe (art. 1300);[1] ma può opporla in ogni tempo (art. 1302).

Quanto al proprietario della cosa venduta, egli può rivendicarla, se immobile, entro trent'anni; eccettochè il compratore non l'abbia acquistata con la prescrizione di dieci anni. Ma in quest' ultimo caso ha diritto di conseguire dal venditore il valore della cosa, di cui per l'alienazione da esso fatta, si trova spogliato; e il risarcimento dei danni, se il venditore medesimo fu in mala fede. Se poi la cosa sia mobile, il diritto di rivendicazione del proprietario è subordinato alle disposizioni degli articoli 707-709.

Dimandata od opposta la nullità, il venditore può esser condannato al risarcimento dei danni verso il compratore che ignorava che la cosa era d'altri (art. 1459). Nè per questo effetto è necessario che il compratore sia evitto della cosa comprata; anzi egli ha diritto al risarcimento de'danni anche nel caso in cui conosciuto, non essere il venditore proprietario della cosa, faccia pronunziare la nullità della vendita, prima che di quella

---

[1] Troplong, I, 239; Duvergier, I, 221; Aubry e Rau, tom. cit. § 345, pag. 356 testo e nota 51; *contro* Marcadè, art. 1599, III. — Ma si avverta che questi con altri ritiene essere la vendita della cosa altrui nulla in modo assoluto; decisione questa inaccettabile da noi, per esser contraria al testo formale di legge. Ma è grave anche nel nostro diritto la questione risguardante il tempo, in cui incominciar deve a correre il quinquennio. Troplong e Duvergier danno la decisione che ho seguito. Aubry e Rau però nell'ultima edizione della loro eccellente opera (IV, § 351, pag. 356-357) la giudicano un grave errore; perchè la prescrizione quinquennale (decennale secondo il diritto francese) avendo per fondamento una conferma presunta, non può incominciare a correre, se non quando questa conferma divenga possibile: fissano quindi il principio della prescrizione al giorno in cui il venditore sia divenuto proprietario della cosa, o al giorno in cui il vero proprietario ha ratificata la vendita. Ma questa decisione è inconciliabile colla dottrina comune, secondo la quale nelle anzidette due ipotesi, la nullità immediatamente si sana (Vedi appresso, versic. *Ma se il vero proprietario...*); attalchè dovrebbe escludersi la detta prescrizione, nel mentre gli stessi Aubry e Rau riconoscono, che sia applicabile alla presente materia. Anche in questo, come in altro subbietto considerava la Corte di Napoli (5 agosto 1872, L. XII, 1020), il silenzio di cinque anni è giusta ragione per presumere che il compratore siasi acquietato alla vendita della cosa altrui.

gli sia fatta la tradizione. Nemmeno è necessario che il venditore abbia venduto in mala fede la cosa altrui: quand'anche in buona fede, è tenuto al risarcimento dei danni verso il compratore; perocchè da una parte la legge non fa alcuna distinzione, dall'altra è pur sempre vero che egli non adempie all'obbligazione di trasferire al medesimo la proprietà della cosa venduta (art. 1459 e arg. art. 1225). [1]

Ma se il vero proprietario ratifica la vendita, o il venditore diviene proprietario della cosa venduta per successione a titolo universale o particolare, il compratore non può impugnar più il contratto, per mancanza d'interesse; inquantochè non ha più a temere evizione. [2] È però necessario che la ratifica o la successione abbia luogo prima che il compratore abbia promosso la dimanda di nullità; perciocchè promossa una volta questa dimanda, il suo diritto alla nullità è irrevocabilmente fissato. [3] Per la stessa ragione, il compratore che avendo acquistato una cosa mobile, può invocare il beneficio dell' articolo 707, non ha il diritto d'impugnare la vendita; sibbene ove si trovi esposto alla rivendicatoria per parte del proprietario in base agli articoli 708 e 709. [4]

La vendita della cosa altrui, sebbene nulla, conserva sempre il valore del titolo abile a trasferire il dominio per gli effetti

---

[1] Troplong, I, 231; Aubry e Rau, tom. cit. § 351, pag. 354.

[2] Duranton, XVI, 179; Duvergier, I, 219; Troplong, I, 236 e 237; Marcadé, art. 1599, n. V; Casale, 6 marzo 1866, B. XVIII, 2, 72; *contro* Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 355 testo e nota 49. Quest' insigni giureconsulti, se da una parte dimostrano che la dottrina che stimo di seguire non è esatta in teoria; riconoscono dall'altra parte il valore del motivo, per cui in pratica è prevalsa costantemente, come essi stessi riferiscono, citando ben sei sentenze pronunziate in tal senso nel lungo periodo dal 1827 al 1855: tre di queste sentenze sono della Corte di Cassazione di Parigi.

[3] Marcadé, art. 1599, V e VI.

[4] Aubry e Rau, tom e § cit. pag. 357, nota 56; *contro* Marcadé, articolo 1599, IV, da me seguito nella prima edizione per non avere avvertito che la sua decisione è una conseguenza della erronea teoria della prescrizione istantanea per possesso dei mobili.

del possesso (art. 702–706); [1] e della prescrizione acquisitiva giusta la disposizione dell'articolo 2137; salve però le ragioni del vero proprietario contro il venditore. [2]

Il principio stabilito dall'articolo 1459 non impedisce che possa validamente stipularsi la vendita della cosa altrui, sotto la condizione che il venditore acquisterà questa, o farà ratificarne la vendita dal vero proprietario: in questi casi, se il venditore non riesce ad acquistare la cosa o a farla ratificare dal proprietario, sarà tenuto al risarcimento dei danni verso il compratore per non avere adempito l'obbligazione assuntasi (art. 1129). [3]

Lo stesso principio è soggetto ad eccezione, quando essa sia fatta da un erede apparente, giusta la disposizione dell'articolo 933. [4]

Infine lo stesso principio non è applicabile alla vendita di cose determinate solamente nella loro specie; nè alla vendita commerciale (art. 95 Cod. com.); ma in queste il venditore è tenuto a fare acquisto delle cose per consegnarle al compratore, sotto pena del risarcimento dei danni. [5]

In secondo luogo la legge formalmente dichiara nulla la vendita dei diritti di successione di una persona vivente quand'anche questa vi acconsenta (art. 1460). La vendita è nulla non solo se abbia per oggetto l'intera eredità o una quota di essa, ma anche cose particolari comprese nella medesima. [6]

La vendita di diritti di successione è nulla in modo assoluto od inesistente, attesa la natura dei motivi sui quali si fonda; perciò tanto il compratore quanto il venditore possono

---

[1] Vedi Lib. II, n. 370 e seg.; Marcadé, art. 1599, IV; Mourlon, III, 518.

[2] Vedi Aubry e Rau, III, 248-249; Marcadé, art. 1599, IV; Mourlon, III, 518.

[3] Duranton, XVI, 180; Duvergier, I, 222; Troplong, I, 334; Aubry e Rau, III, 248; Marcadé, art. 1599 in fine.

[4] Consulta Maierini, Studi intorno all'articolo 933.

[5] Consulta Troplong, I, 232; Duvergier, I, 223; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 357.

[6] Troplong, I, 246; Marcadé, art. 1600, I.

impugnarla in perpetuo in via d'eccezione, e per trent'anni, in via d'azione. [1]

Se coi diritti di successione siano stati venduti beni presenti, la vendita sarà nulla per intero, se fatta per un solo prezzo; [2] ma se è stata fatta per due prezzi distinti, l'uno per quei diritti; l'altro per questi beni presenti, sarà nulla soltanto per la prima parte. [3]

228. Infine il terzo elemento essenziale alla esistenza della vendita è il prezzo.

Il prezzo deve riunire tre caratteri; cioè: *a)* deve consistere in una quantità di denaro che il compratore si obbliga di pagare, come equivalente della cosa che riceve; *b)* deve esser vero o serio; *c)* deve esser certo o determinato. [4]

Il prezzo, in quanto deve consistere in una somma di denaro, costituisce la differenza specifica fra la vendita e la permuta e tutti i contratti innominati che trasferiscono la proprietà, mediante il pagamento di cose diverse dal denaro. [5] Ove poi la proprietà di una cosa sia trasferita mediante il pagamento di denaro e di altre cose insieme, il giudice determina la natura del contratto, considerato l'importanza rispettiva e del denaro, e delle altre cose pagate. [6] Ma fissato il prezzo in contanti, il contratto rimane vendita, benchè in seguito si pattuisca fra le parti che il compratore possa pagare altri oggetti; perciocchè la vendita, perfetta che sia, non può mutar più carattere per

---

[1] Duranton, XII, 523 e 524; Troplong, I, 249; Marcadé, art. 1600, II.

[2] Troplong, I, 251; Marcadé, art. 1600, III; *contro* Duvergier, I, 231.

[3] Dott. cit. loc. cit.

[4] Consulta Firenze, 20 luglio 1871, A. V, 2, 518.

[5] È noto che i Sabiniani insegnavano, potere il prezzo consistere anche in cose diverse dal denaro; talchè secondo la loro dottrina la permuta si mutava in vendita; ed è noto che prevalse la dottrina contraria dei Proculeiani (Gaius, III, 141, § 2; Inst. § 2 princ. eod.; Leg. 1, § 1, D. eod.; Leg. 7, C. de rer. permut. IV, 64). La dottrina proculeiana è stata seguíta dal patrio legislatore.

[6] Inst. § 2, princ. de empt. et vend.; Leg. 38 e 79, D. de contr. empt.; Leg. 21, § 4, D. de act. empt. vend. XIX, 1.

il modo della sua esecuzione. La stessa decisione è applicabile al caso in cui il venditore riceva una dazione in pagamento *(datio in solutum)*; molto più è applicabile, ove cose diverse dal denaro sieno poste solamente *in facultate solutionis.* [1] Il prezzo deve esser pagato in una sola volta in forma di capitale; ove fosse pagato in più volte in forma di rendita, si avrebbe rigorosamente costituzione di rendita o vitalizio (art. 1778, 1780 e 1789).

Secondariamente il prezzo è vero o serio, quando sia stato stipulato coll'intenzione che il venditore debba esigerlo. [2] Questa intenzione manca senza dubbio, ove sia stato pattuito un prezzo derisorio; un prezzo cioè sì esiguo che non può ragionevolmente supporsi, sia stata volontà dei contraenti di stipularlo come equivalente dell'obbietto venduto (art. e arg. art. 1101). [3]

La vendita fatta per un prezzo derisorio, come quella di una casa o di un fondo per un soldo, è essenzialmente nulla per mancanza di prezzo, elemento essenziale alla sua esistenza; [4] ma potrebbe simulare una donazione e valere come tale. Ma non è punto necessario che il prezzo sia l'esatto equivalente del valore della cosa; in altri termini che sia giusto: [5] solamente la vendita fatta per un prezzo maggiore o minore di quel valore includerà una donazione (vendita graziosa); e per tal titolo sarà valido, ove liberalità possa sussistere fra i contraenti (art. e arg. art. 1529). [6] Nel secondo caso inoltre potrà esser lesiva, ed esser quindi rescindibile a senso dell'articolo 1529. Ma se il prezzo, dopo essere stato pattuito seriamente,

---

[1] Leg. 2, § 1, D. de contr. empt.; Leg. 9, C. de resc. vend. IV, 44; Leg. 4, C. de evict. VIII, 45.

[2] Vedi Leg. 2, § 1; Leg. 36 e 38, D. de contr. empt.

[3] Consulta Leg. 36, D. eod.; Leg. 6, D. pro donato, XLI, 6; Leg. 3 princ.; Leg. 9 in fin. C. de contr. empt. 4, 38; Leg. 46, D. loc. cond. XIX, 2.

[4] Leg. 37, C. de donat. VIII, 54; Leg. 46, D. loc. cond. XIX, 2.

[5] Sul criterio misuratore del prezzo dei fondi, vedi Lucca, 22 maggio 1869, A. III, 2, 160.

[6] Consulta Leg. 38, D. eod.; Leg. 5, § 5, D. de donat. inter vir. et uxor. XXIV, 1.

venga in seguito rimesso, la vendita non muta natura; è solamente sopravvenuta la remissione del prezzo.

Da ultimo il prezzo deve essere ancora certo, ossia determinato e specificato dalle parti (art. 1454).[1] Può peraltro rimettersi all'arbitrio di un terzo scelto dalle parti nell'atto della vendita.[2] Può anche pattuirsi che la scelta sia fatta posteriormente d'accordo dalle parti, purchè sia espresso nella convenzione che, non concordando le parti, la scelta venga fatta dal pretore o dal conciliatore del luogo del contratto, o del domicilio o della residenza di una delle parti (art. 1454).[3] Nell'uno e nell'altro caso le parti non possono pretendere che il prezzo stabilito dai periti sia aumentato o ridotto; eccettochè quella di esse che si crede lesa dal medesimo, provi che fu stabilito nella data quantità o per un errore grossolano in cui siano caduti i periti, o per un'iniquità da essi manifestamente commessa.[4]

La vendita, il prezzo della quale è rimesso all'arbitrio di un terzo, si considera subordinata alla condizione che questo terzo dichiari il prezzo;[5] perciò, se questi non voglia o non possa fare la dichiarazione del medesimo, la vendita è nulla (art. 1454).[6] È parimente nulla la vendita, se i terzi all'arbitrio dei quali sia rimesso il prezzo, non si accordano nel fissarlo; perocchè anche in questo caso non si ha prezzo (art. 1454).

---

[1] Consulta Leg. 35, § 1, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 13, C. eod. IV, 38; vedi Palermo, 13 marzo 1868, A. II, 2, 164.

[2] Consulta Gaius, III, 140; Inst. § 1, de empt. et vend.; Leg. 15, C. de contr. empt. IV, 38.

[3] È opinione che in questa ipotesi non vi sarebbe stato vendita secondo il diritto romano (Molitor, I, pag. 497 e 498; Doveri, II, § 335, pag. 152, nota 1).

[4] Duranton, XVI, 116; Troplong, Commentaire du titre de la vente, I, 155; Duvergier, De la vente, I, 157; Aubry e Rau, IV, § 346, pag. 338.

[5] Inst. e Cod. loc. cit. — È osservazione comune, che sarebbe errore il ritenere che tal vendita non divenisse perfetta, se non colla determinazione del prezzo da farsi dal terzo (Consulta fra gli altri, Duranton, XVI, 109 e seg.; Troplong, I, 155; Duvergier, I, 162; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 338, nota 32).

[6] Consulta Inst. § 1, de empt. vend.; Leg. 25, D. locat. cond.; Leg. 44, D. de verb. oblig.

Se peraltro le parti abbiano provveduto anche a questa eventualità, pattuendo per esempio, che in tale ipotesi la vendita s'intenderà fatta pel prezzo medio fra quelli indicati da ciascuna delle parti, allora la vendita sarà valida per tal prezzo. [1]

Il prezzo oltre che può rimettersi all'arbitrio di un terzo, può anche pattuirsi che sia quello risultante da una certa e determinata mercuriale (art. 1454 alinea); o quello che sarà fatto da determinate piazze; come in alcuni luoghi si costuma per la vendita dei bozzoli, il prezzo della quale si fissa esempligrazia, in Ascoli-Piceno al prezzo medio che faranno le piazze di Macerata, Pesaro e Fossombrone (arg. art. cit. alinea). Medesimamente nella vendita si ha per certo il prezzo, sebbene non determinato, nè rimesso per la determinazione nell'arbitrio di un terzo, quando si tratta di cose che hanno un prezzo plateale. [2] Può ancora considerarsi come sufficientemente determinato il prezzo, quando la cosa si venda pel prezzo che costò al venditore, od anche pel prezzo corrente; [3] e reputo che in tali materie debba deferirsi alquanto alle costumanzè. Ma al certo non sarà determinato il prezzo nella vendita fatta per ciò che la cosa varrà, per il suo giusto prezzo, per il prezzo che sarà offerto; perciò in queste ed in altre simili ipotesi la vendita sarà nulla. [4]

229. La vendita se ha per oggetto dei beni immobili o altri beni o diritti reali capaci d'ipoteca, deve esser fatta per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità (art. 1314 1°). [5] Se ha per oggetto beni mobili può esser fatta

---

[1] Duranton, XVI, 114; Duvergier, De la vente, I, 153 e 154; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 338.

[2] Consulta Firenze, 5 marzo 1868, A. II, 2, 116.

[3] Vedi Leg. 7, § 1 e 2, D. de contr. empt.; Duranton, XVI, 106; Troplong, I, 152 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 338-339.

[4] Leg. 35, D. de contr. empt.; Troplong, I, 152 e seg.; Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Vedi sopra n. 68 e consulta C. C. Firenze, 29 luglio 1867, A. I, 1, 359, e l'Appendice; vedi pure Palermo, 13 marzo 1868, A. II, 2, 164; C. C. Torino, 12 marzo 1869, A. III, 1, 64; Firenze, 23 giugno 1869, A. III, 2, 485; Parma, 18 febbraio 1870, A. IV, 2, 288.

anco verbalmente; ma la prova della medesima è sempre regolata dai principî generali; quindi non può provarsi col mezzo di testimoni senza un principio di prova per iscritto, se il valore del suo oggetto superi cinquecento lire (art. 1341). [1]

Le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita, quali sono quelle di misura, di stima, di accessi e simili sono a carico del compratore. Ma nulla impedisce alle parti di convenire altrimenti (art. 1455).

230. La vendita può esser fatta puramente e semplicemente, o sotto condizione sospensiva o risolutiva (art. 1449). Gli effetti della condizione sospensiva o risolutiva sulla vendita contratta sotto la medesima sono regolati dai principî generali di diritto (art. 1449 alinea 1°). Può eziandio apporsi un termine non solo alla esecuzione del contratto giusta i principî generali di diritto (art. 1172); ma eziandio alla trasmissione della proprietà. [2]

Fra le clausole che sogliono apporsi alla vendita, meritano di essere ricordate, siccome più usitate, le seguenti:

1° La clausola o *pactum addictionis in diem* con la quale il venditore si riserva la facoltà di recedere dal contratto nel caso che entro un termine determinato trovi un acquirente che gli offra condizioni migliori; [3]

2° La clausola del patto commissorio con la quale le parti pattuiscono che il contratto s'intenderà risoluto se l'una o l'altra non adempia alle proprie obbligazioni; [4]

3° La clausola di prelazione o *pactum protimiseos*, con cui il venditore stabilisce a suo favore il diritto di essere preferito, a condizioni eguali, a qualunque altra persona nel caso che il compratore rivendesse la cosa: questa clausola non produce che un'azione personale pei danni contro il compratore che abbia rivenduto la cosa; senza interpellare il venditore, se

---

[1] Consulta Catanzaro, 27 aprile 1868, A. II, 2, 71.
[2] Vedi sopra n. 71.
[3] Vedi Dig. Lib. XVIII, Tit. II.
[4] Vedi sopra n. 37.

intendeva di valersi del suo diritto di preferenza, e non già un'azione reale di rivendicazione contro il nuovo acquirente; [1]

4° La clausola o *pactum displicentiae*, con cui l'una e l'altra parte si riservano per un certo tempo la facoltà assoluta di recedere dal contratto; la durata di questo non può, secondo che ne sembra, esser maggiore di un quinquennio, non essendo nè utile nè conveniente che la proprietà rimanga incerta più lungamente (arg. art. 1516); [2]

5° La clausola o il patto del riscatto, con cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo e il rimborso di certe spese (art. 1515-1528).

Queste clausole (meno l'ultima e il patto commissorio tacito nella vendita di cose immobili o mobili, regolata, quella dagli articoli 1515-1528, e questo dagli articoli 1511-1513) sono rette dai principî generali di diritto; non essendovene speciali nel nostro Codice.

231. La vendita è perfetta fra le parti al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo; [3] ciò è vero, quand'anche non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè pagato il prezzo (art. 1448). [4]

Tuttavia quando si tratta di vino, d'olio e di altre cose delle quali si usa fare l'assaggio prima di farne la compra, non si reputa conchiusa la vendita, se non dopo che il compratore le ha assaggiate e riconosciute della qualità pattuita (art. 1452); [5]

---

[1] Duvergier, I, 13; Aubry e Rau, tom. cit. § 352, pag. 359; C. C. Napoli, 3 marzo 1868, A. II, 1, 263; *contro* Larombière, I, art. 1138, n. 16.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Consulta Firenze, 7 settembre 1868, A. II, 2, 156.

[4] In ordine alla vendita per persona da nominarsi, consulta Firenze, 24 maggio 1869, A. III, 2, 340.

[5] Leg. 34, D. de contr. empt.; Leg. 4 princ. e § 1, D. de peric. et com. rei vend. — L'articolo 1452 del nostro Codice è la copia dell'articolo 1587 del Codice napoleonico, salva la sostituzione dell'espressione *riconosciuta della qualità pattuita* alla parola *agréées;* il qual cambiamento però non modifica punto la disposizione; ma tanto dell'articolo 1587 quanto dell'articolo 1588 riprodotto nel nostro Codice col n. 1453, si è detto, esser ben difficile, ma per buona ventura poco importante, di conoscere giustamente quale sia il pensiero che il legislatore ha voluto manifestare con essi.

eccettochè il contrario risulti dai termini, dalla natura e dalle circostanze del contratto o dall'uso de'luoghi. Ciò stante, l'esistenza della vendita di tali cose è dipendente dal mero arbitrio del compratore; inquantochè non può esser costretto ad accettare una cosa che non sia di suo gusto; perciò egli non può esser considerato come vincolato dal suo consenso, nè esser costretto a fare l'assaggio e a dichiarare, se approvi o riconosca quelle materie della qualità pattuita; ma può esser chiamato a dichiarare, se intenda procedere all'assaggio. Al contrario il venditore è obbligato a dare al compratore i mezzi necessari, e un tempo conveniente per assaggiare le cose dedotte in contratto: e a trasferirgliene la proprietà ad ogni richiesta di lui. [1] Queste decisioni però cessano di essere applicabili ove consti che il compratore ha rinunziato all'assaggio; perocchè in tal caso se questi si rifiuta di farne l'assaggio, il venditore può dimandare che siano nominati periti per riconoscere se siano della qualità dal primo richiesta e dal secondo promessa.

Al contrario la vendita col patto di precedente prova si presume fatta sotto condizione sospensiva (art. 1453). Perciò se il compratore non voglia fare la prova e dopo fattala non voglia ricevere le merci sperimentate, il venditore potrà dimandare la nomina di periti, perchè verifichino se quelle siano di buona qualità e atte perciò a servire all'uso per cui il compratore le ha acquistate; salvochè anche in questa ipotesi il venditore non siasi rimesso al gusto e perciò anche all'arbitrio del compratore. [2] Del resto sebbene la legge presume che la vendita sia fatta sotto condizione sospensiva, nulla però impedisce che si faccia invece sotto condizione risolutiva. [3] Nel

---

[1] Vedi intorno a queste diverse proposizioni, Duvergier, I, 96 e 97; Troplong, I, 100 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 349, pag. 334 e seg.; Marcadé, art. 1587-88; Mourlon, III; quanto poi al diritto romano al quale è conforme il patrio, consulta Leg. 4 princ. e § 1, D. de per. et com. rei vend. XVIII, 6.

[2] Vedi dott. cit.

[3] Il diritto romano non fissava su tale proposito presunzione di sorta (Leg. 20, § 1, D. de prescr. verb. XIX, 5): desumeva invece dall'espressioni, di cui si erano serviti i contraenti, il carattere della vendita, se cioè fosse tenuta

dubbio però deve ritenersi fatta sotto condizione sospensiva anzichè risolutiva, conformemente alla presunzione di legge.[1]

Quanto alla vendita su campione essa è affatto ordinaria; ed ha questo solo di particolare che il venditore è tenuto a garantire la conformità delle cose che consegna, al campione sul quale il compratore ha contrattato; perocchè s'intende che le abbia promesse della qualità del campione medesimo. E quando sia stata conchiusa dietro vista della merce, nulla rileva che questa non abbia la provenienza indicata nel contratto.[2]

232. Passando ora ai requisiti necessari per la validità della vendita, essi sono due; cioè la validità del consenso, giusta i principî generali di diritto,[3] e la capacità dei contraenti.

Per regola tutti coloro che hanno la capacità di disporre possono vendere le cose che loro appartengono (art. 1456). Tuttavia il debitore, al quale sono messi sotto esecuzione i beni immobili, non può alienarli dalla data della trascrizione del precetto (art. 2085).

Medesimamente per regola tutte le persone che sono capaci di obbligarsi, possono comprare ogni specie di cose e da qualunque persona (art. 1456). Ma questa regola va soggetta a tre eccezioni. Perocchè in primo luogo non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica:

Il genitore, dei beni dei figli soggetti alla sua podestà;

I tutori, i protutori e i curatori, dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura;

I procuratori, dei beni che sono incaricati di vendere;

---

in sospeso sino alla prova (Inst. § 4, de empt. et vend.), o dovesse invece aversi per pura e semplice, ma risolubile in seguito dell'assaggio (Leg. 3, D. de contr. empt.). Pur lodando le disposizioni romane non debbo tacere che la legge patria ha stabilito l'anzidetta presunzione in base a ciò che ordinariamente avviene, *quod plerumque fit*.

[1] Marcadè e Mourlon, loc. cit.

[2] Torino, 27 ottobre 1868, A. II, 2, 552, vedi pure Firenze, 27 dicembre 1868, A. II, 2, 647.

[3] Vedi sopra n. 52 e seg.

Gli amministratori, dei beni dei comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura, salvochè, per particolari circostanze nell'atto che permette la vendita, siano autorizzati a concorrere agl'incanti;

I pubblici uffiziali, dei beni che si vendono sotto la loro autorità o mediante il loro intervento (art. 1457). [1] Con tale divieto, la legge provvede all'interesse dei proprietari delle cose che si vendono; perocchè rimuove il più pericoloso ostacolo alla elevazione del prezzo delle medesime; coll'impedire alle persone che debbono farne la vendita o assistervi, di trarne profitto; frenando, anzichè eccitando la concorrenza.

In secondo luogo, i giudici, gli uffiziali del pubblico ministero, i cancellieri, gli usceri, gli avvocati, i procuratori o patrocinatori ed i notai non possono essere cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza della corte, del tribunale o della pretura, di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità dei danni e delle spese (art. 1458). [2] Con tale prescrizione la legge ha voluto non solo garantire l'interesse privato dei litiganti, ma eziandio chiuder l'adito a sospetti contro l'amministrazione della giustizia, che altrimenti si potrebbero formare, per cagione degli opposti interessi delle sopraddette persone. Ma col suo motivo, cessa questa incapacità quando si tratti di azioni ereditarie fra i coeredi, o di cessioni in soddisfazione di crediti o per difesa di beni posseduti (art. 1458 alinea 1°).

In terzo ed ultimo luogo gli avvocati, e procuratori, oltre la incapacità sopraddetta, non possono nè per loro, nè per interposta persona stabilire coi loro clienti alcun patto, nè fare coi medesimi contratto alcuno di vendita, donazione, permuta o altro simile sulle cose comprese nelle cause alle quali prestano il loro patrocinio, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese (art. 1458 alinea ult.). [3]

---

[1] Consulta, quanto al diritto romano, Leg. 34, § 6; Leg. 46, D. de contr. empt. XVIII, 1.

[2] [3] Consulta, quanto al diritto romano, Leg. 6, § 3 in fine; Leg. 9, § 2 in medio, D. de off. proc. I, 16; Leg. 15, C. de proc. II, 13; Leg. 62 princ. D. de contr. empt.

Non v'ha altra persona che non possa comprare o vendere; perciocchè essendo l'incapacità eccezione non può estendersi da persona a persona; in specie la vendita non è vietata tra i coniugi.[1]

---

[1] Il chiarissimo Pisanelli espone nella sua dotta Relazione (III, pag. 62 e seg.) che « nel contratto di compra e vendita fu primieramente elevato il dubbio, se esso doveva vietarsi tra i coniugi. Il diritto romano non lo proibiva; non ammetteva la presunzione di diritto che la vendita fosse simulata per coprire una donazione; raccomandava anzi di non spiegare troppo rigore nell'apprezzamento delle clausole del contratto: Non amare nec tamquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum esse, sed uno inter coiunctos maximo affectu et solam inopiam ex nimio donatione timentes. Antiche consuetudini proibivano in Francia ogni specie di contratto fra i coniugi. Il Codice francese non riprodusse questa esagerazione, ma vietò la vendita eccettuati tre casi: il primo ed il terzo si riferiscono ad azioni in pagamento, il secondo riguarda il reimpiego di somme dovute od appartenenti alla moglie. I Codici italiani accettarono la disposizione del Codice francese, con qualche variazione. Il Codice austriaco non vieta alcun contratto fra coniugi, e circa la vendita non accoglie neppure una presunzione lontana di simulazione. Permettere la vendita fra i coniugi è sembrato abilitarli a donazioni mascherate o a simulazioni a danno dei creditori. Nondimeno questo pericolo non è sufficente per stabilire un'incapacità affatto eccezionale. Quando un atto si presenta sotto le forme di una vendita, per dichiarare la nullità del medesimo si richiede qualche cosa di più che la mera possibilità di un vantaggio indiretto. Si potranno perciò ammettere le prove, ma dichiarare in principio che un contratto deve ritenersi come simulato, indipendentemente dagli accidenti che vi sono connessi, importa un sistema di eccessiva diffidenza. Se uno dei coniugi non è in grado di comprare, o l'altro nella necessità di vendere; se esista una differenza notabile tra il valore della cosa ed il prezzo attribuito alla medesima; se la vendita è fatta da quel coniuge che già trovasi, o può trovarsi esposto all'azione dei creditori; allora vi saranno indizi che faranno scovrire la vera natura dell'atto, e l'autorità giudiziaria apprezzando le varie circostanze che l'accompagnano, e che riesce impossibile di definire astrattamente potrà sulla domanda degl'interessati dichiarare la nullità del contratto. Ma in mancanza di prove o di indizi, o di reclamo per parte degl'interessati la vendita deve ritenersi reale, e non finta e simulata. Nulla di più ordinario che si trovino nella stessa famiglia due patrimoni, l'uno del marito, l'altro stradotale della moglie. Le relazioni coniugali non devono impedire che i due patrimoni si avvantaggino reciprocamente, mediante contrattazioni a titolo oneroso, cosicchè gli utili derivanti da ciascuno vengono tra essi permutati. Perchè dovrà il marito cercare un estraneo compratore, che gl'imporrà condizioni gravose con danno

Gli acquisti, le cessioni e gli altri atti or ora ricordati, che vengano fatti in onta alle prescrizioni della legge, sono nulli. (art. 1457 princ.). La loro nullità però non è assoluta, ma solamente relativa; stabilita cioè contro gli acquirenti, i cessionari e gli stipulanti, per esser dichiarati incapaci nell'interesse delle altre parti e non già nel loro proprio. Perciò queste solamente possono dimandarla.[1] Possono dimandarla, quand'anche l'atto sia ad esse utilissimo.[2] Nulla rileva del resto che i medesimi abbiano stipulato tali atti di persona, o mediante mandatario; direttamente o per interposte persone (art. 1457 princ.). Spetta al giudice di decidere, se la persona che figura, come acquirente, sia interposta o no, non essendo applicabile in questa materia la presunzione stabilita dagli articoli 773 alinea e 1053.[3] Ma anche tale nullità può esser sanata con la conferma; ed è soggetta alla prescrizione.

CAPO II.

DEGLI EFFETTI DELLA VENDITA

SOMMARIO

233. Triplice ordine di effetti che produce la vendita: traslazione di proprietà; pericolo e commodo della cosa venduta; rapporti obbligatori — Si discorre dei due primi.

234. Dei rapporti obbligatori — Obbligazioni del venditore — Prima obbligazione: consegna della cosa — In qual maniera si faccia: secondo la diversa natura di essa — Può mai aver luogo per virtù del solo consenso? — Quale specie di consegna occorre, perchè il compratore abbia il possesso reale della cosa per gli effetti annessi a questo? — Chi deve sopportare le spese della consegna?

---

suo e della famiglia, mentre la moglie può offrirgli condizioni più eque, e più accettabili? Il contratto di vendita non fu pertanto vietato fra coniugi ». Anco per diritto romano il contratto di vendita poteva aver luogo fra coniugi in tutti i casi (Leg. 7, § 6 in medio, D. de donat. inter virum et uxorem, XXIV, 1).

[1] Duranton, XVI, 139; Troplong, I, 194; Duvergier, I, 194; Marcadé, articoli 96 e 1597; Aubry e Rau, IV, § 351, pag. 349.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Duranton, XVI, 138; Troplong, I, 193; Duvergier, I, 193; Aubry e Rau, IV, § 351, pag. 349, nota 17.

233. La vendita produce tre ordini di effetti: il primo riguarda la traslazione della proprietà; il secondo il pericolo e il comodo della cosa venduta; il terzo i rapporti obbligatori dei contraenti.

Quanto al primo, perfetta che sia la vendita, la proprietà si acquista di diritto dal compratore non solo nei suoi rapporti col venditore, ma anche di fronte ai terzi; salve rispetto a questi le disposizioni degli articoli 707 e 1932 (art. 1448), e salvi, rispetto anche al primo, gli effetti delle condizioni sospensive o risolutive apposte al contratto. Perciò giusta il principio, il compratore potrà rivendicare contro i terzi la cosa acquistata, sebbene non ne abbia avuta la consegna, nè pagato il prezzo.[1]

Secondariamente per ragione di tale principio, dal momento stesso in cui la vendita diviene perfetta, la cosa che ne forma l'obbietto rimane a rischio e pericolo del compratore, quantunque non ne sia seguita la tradizione (art. 1125);[2] attalchè

[1] Consulta C. C. Torino, 10 luglio 1868, B. XX, 1, 707.
[2] Vedi sopra n. 71.

ne dovrà il prezzo quand'anche perisca intieramente appresso del venditore, ma senza colpa di lui. [1]

Ma perchè proprietà e pericolo della cosa comprata passino nel compratore, si richiede che essa sia determinata. Si considera come di cosa determinata la vendita di mercanzia in massa *(per aversionem)*. S'intende fatta la vendita in massa, se le cose sono state vendute per un solo certo prezzo, senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero o alla misura; od anche quando siavisi avuto riguardo unicamente all'effetto di determinare la quantità del prezzo medesimo, come se ti vendessi il vino che ho nella cantina o il grano che ho nel granaio, o la canapa che ho nel magazzino, o gli aranci del mio parco, o le mercanzie contenute in una data cassa per diecimila lire, o per tante lire al litro o al quintale; perciocchè nel secondo caso come nel primo l'oggetto è determinato. [2] Ciò è vero, quand' anche sia stata indicata approssimativamente la quantità. [3] Insomma per la vendita in massa occorrono, ma bastano queste due condizioni, cioè: *a)* che le cose siano vendute nel loro insieme considerato come una unità; *b)* che siano vendute per un solo ed unico prezzo (articolo 1451). [4] Ma nell'anzidetto secondo caso resta sempre a determinarsi il prezzo colla misura, il peso o la numerazione; perciò se la mercanzia perisca per intero prima che sia misurata, pesata o numerata, la vendita non potrà aver effetto (art. 1454). [5] Nulla rileva del resto che

---

[1] Identica disposizione vigeva nel diritto romano, quantunque il compratore non divenisse quivi proprietario che mediante la tradizione; ma essa era una conseguenza della massima *debitor rei certae interitu liberatur*. Questa massima riconosciuta dal nostro diritto (art. 1298) vale a giustificare anche questa disposizione di legge.

[2] Duvergier, I, 90; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 341 testo e nota 43; Catanzaro, 27 aprile 1868, A. II, 2, 70; Torino, 3 agosto 1868, A. II, 2, 566; Napoli, 28 marzo 1870, A. IV, 2, 529; *contro* Troplong, I, 90.

[3] Torino cit., ma vedi Napoli cit.

[4] Consulta Leg. 35, § 5, D. de contr. empt.; Leg. 1, § 1; Leg. 4, § 1, D. de per. et com. rei vend. XVIII, 6; Leg. 2, C. de contr. empt.

[5] Mourlon, III, 475.

siasi venduto in massa la totalità o una parte indivisa delle medesime cose.[1]

Quando poi si tratta di mercanzie non vendute in massa, ma a peso, numero, o misura, come per esempio se ti vendessi cento chilogrammi di canapa, cinquanta pali, dieci metri cubi di pietra, esse non passano in proprietà e a pericolo del compratore, finchè non sono pesate, numerate o misurate; perchè prima l'obbietto del contratto, non è individualmente determinato (art. 1450).[2]

Nulla però vieta al venditore di assumersi il rischio e pericolo della cosa venduta; finchè non ne farà la tradizione, quantunque la proprietà della medesima sia passata nel compratore.

Quanto alla vendita fatta sotto condizione sospensiva, essa è retta dai relativi principî rispetto anche a questo secondo effetto.[3]

Quanto al terzo ordine di effetti, la vendita tostochè perfetta, crea un vincolo giuridico, dal quale le parti contraenti sono reciprocamente legate, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo (art. 1448). E conseguentemente neppure prima della tradizione della cosa e del pagamento del prezzo nè l'una nè l'altra può recedere

---

[1] Mourlon, III, 474.

[2] Consulta Leg. 35, § 5 e 7, D. de contr. empt.; Leg. 2, C. eod. Il testo dell'articolo dice « Quando si tratta di mercanzie non vendute in massa, ma a peso, numero o misura, la vendita non è perfetta, inquantochè le cose vendute stanno a rischio e pericolo del venditore, finchè non sono pesate, numerate o misurate ». Onde parrebbe che il pericolo della cosa rimanga presso il venditore e la proprietà passi al compratore; ma non può concepirsi che dal venditore passi al compratore la proprietà di una cosa non determinata. Il nostro testo è la precisa traduzione dell'inesatto testo dell'articolo 1585 del Codice napoleonico (Vedi Troplong, I, 86; Marcadé, art. 1585, III; Taulier, VI, pag. 13; Aubry e Rau, tom. cit. § 349, pag. 341 testo e nota 41; Brescia, 10 marzo 1869, A. IV, 2, 282; *contro* Merlin, Rép. v° Vente, § 4, n. 2; Duranton, XVI, 92; Duvergier, I, 82 e seg.).

[3] Vedi sopra n. 35.

dal contratto. E ciò è vero, anche quando si tratti di vendita di cose indeterminate ed in specie di mercanzie vendute a peso, numero o misura; inquantochè anco prima che quelle siano pesate, numerate o misurate e perciò ancor prima che passino in proprietà del compratore, ciascuna delle parti contraenti può costringer l'altra alla esecuzione del contratto, e, in caso d'inesecuzione, al risarcimento de' danni (art. 1450). [1]

234. Passiamo ora a vedere distintamente le obbligazioni del venditore e del compratore.

Il venditore ha due obbligazioni principali cioè di consegnare e garantire la cosa venduta (art. 1462).

La tradizione è la consegna della cosa venduta in potere e possesso del compratore, o in altri termini è la traslazione della fisica disponibilità di essa cosa in quest'ultimo (art. 1463). [2]

La consegna degl'immobili si compie col rilascio che ne fa il venditore, con la remissione dei documenti della proprietà venduta: e di più, se trattasi di edifizio, con la rimessione delle chiavi (art. 1464). [3] Oltre questi fatti necessari ma sufficienti a mettere la cosa venduta in potere del compratore, non si richiede che il venditore manifesti con qualche segno o simbolo esteriore la intenzione di rilasciare il possesso della cosa venduta al compratore.

La tradizione dei mobili si compie o colla consegna reale, o colla consegna delle chiavi degli edifizi che li contengono, fatta vicino o lontano dagli edifizi medesimi (art. 1465). Può

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 349, pag. 341.

[2] Consulta Leg. 11, § 2, D. de act. empt. vend. XIX, 1.

[3] Il testo dell' articolo 1464 dice « Il venditore adempie l'obbligazione della consegna degl' immobili, quando ha rimesso i documenti della proprietà venduta e le chiavi se trattasi di un edifizio. » Ma come esso è la copia dell'articolo 1665 del Codice napoleonico, così cogl'interpreti francesi possiamo ripetere, non essere esatto il dire che l'obbligazione di consegnare gl'immobili si adempie con la rimessione dei documenti e delle chiavi; perocchè, se fatta questa rimessione, il venditore non rilascia la cosa al compratore, non può aversi per fatta la consegna: v'ha adunque in entrambi lo stesso difetto di compilazione (Vedi Marcadé, art. 1604-1607, II; Aubry e Rau, IV, § 354, pag. 361 testo e nota 2).

compiersi eziandio con altri fatti o atti analoghi; per esempio col marcare, consenziente il venditore, le cose vendute, non essendo limitativi quelli indicati dalla legge; la quale altrimenti avrebbe provveduto insufficientemente alla esigenza delle circostanze multiple e varie. [1]

Inoltre la consegna de'beni tanto immobili quanto mobili, [2] si compie col solo consenso delle parti in questi casi, cioè:

1° Quando le cose vendute nel tempo della vendita erano in potere del compratore per altro titolo; esempligrazia per titolo di usufrutto di locazione e di comodato (art. 1465 alinea ult.). Questa specie di tradizione suole chiamarsi *traditio brevi manu;*

2° Quando il venditore riservandosi a titolo di usufrutto, di locazione o di altro, il godimento della cosa che vende, si costituisce detentore in nome del compratore, e muta in precario il possesso che aveva a titolo di proprietà. La clausola con cui ciò viene stabilito fra le parti, chiamasi *costituto possessorio.* [3]

La tradizione dei mobili poi si compie col solo consenso delle parti in un terzo caso, cioè quando la consegna non può eseguirsi al tempo della vendita (art. 1465 alinea ult.). È necessario però che si tratti d'impossibilità obbiettiva o assoluta di trasportare le cose vendute, quali sono per esempio, i frutti pendenti; nè basterebbe un'impossibilità semplicemente relativa; quale per esempio, si verifica nel caso che le cose vendute si trovino in un luogo lontano da quello in cui si forma il contratto. [4]

Finalmente la tradizione delle cose incorporee si eseguisce o colla consegna dei documenti, o coll'uso che ne fa il com-

---

[1] Duranton, XVI, 96; Duvergier, I, 249; Troplong, I, 282 e 283; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 361.

[2] Il testo dell'articolo considera solamente le cose mobili, ma non può non estendersi alle cose immobili (Vedi Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, articoli 1604-1607, II).

[3] [4] Vedi Troplong, I, 267 e seg.; Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 362, nota 8.

pratore di consenso del venditore (art. 1466). Così quando io ti faccia la cessione di un mio credito contro di un terzo, adempio la mia obbligazione della tradizione colla consegna del documento che prova il credito medesimo (art. 1538 alinea); e quando io costituisca una servitù negativa a favore de' tuoi fondi, una specie di tradizione d'immissione al possesso si eseguisce col solo mio consenso; astenendomi dai fatti che in forza del diritto di servitù che ti ho concesso, non posso compiere.

La tradizione di una cosa immobile in qualunque modo fatta, basta al compratore per l'esercizio delle azioni possessorie. Ma per le altre materie non equivale per se sola rispetto ai terzi, all'apprensione del possesso; e per se sola quindi non è efficace a produrre gli altri effetti che questo può generare; per esempio, se il compratore abbia acquistato un fondo *a non domino*, non incomincia ad usucapirlo che dal giorno in cui effettivamente ne ha preso possesso. Quanto poi alle cose mobili è necessario il possesso reale per l'applicazione dell'articolo 1126; talchè al primo acquirente investito del possesso delle medesime mediante il costituto possessorio, deve esser preferito il secondo che ne abbia conseguito il possesso reale, purchè di buona fede.[1]

Le spese della tradizione sono a carico del venditore; perocchè la tradizione è di suo obbligo. Fra queste spese si comprendono quelle del pesare, numerare e misurare le cose vendute; e il fitto dei magazzini ove queste si trovano sino al giorno in cui il venditore può e deve fare la consegna. Le spese di trasporto poi sono a carico del compratore; perocchè queste si fanno nel suo esclusivo interesse. Fra le spese di trasporto si comprendono quelle dell'imballaggio e del caricamento delle cose acquistate. Nulla però impedisce alle parti di pattuire diversamente intorno a queste spese; di pattuire

---

[1] Consulta Duranton, XVI, 191; Troplong, I, 281 e seg.; Duvergier, I, 251-253; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 362; Marcadé, art. 1604-1607, IV; tieni però conto ad un tempo di alcune loro discrepanze intorno alla distinzione del possesso *reale* dal *finto*.

per esempio, che anche le spese di tradizione siano a carico del compratore e viceversa che a carico del venditore siano anche le spese di trasporto (art. 1463).

235. La tradizione della cosa venduta si deve fare nel luogo in cui la cosa si trovava nel momento della vendita, quando non si è diversamente pattuito; nel qual caso deve farsi la tradizione nel luogo stabilito dalle parti (art. 1468). [1] Se queste avessero indicato alternativamente due luoghi, la scelta spetta al venditore, che è debitore della cosa da consegnarsi. Sono pel resto applicabili a questa materia i principî generali superiormente esposti intorno al luogo in cui deve farsi il pagamento. [2]

Se non sia stato fissato alcun termine per la tradizione, e questa possa farsi di presente, il compratore è in diritto di esigerla, non appena perfetta la vendita; ma se la tradizione non possa farsi subito, il compratore non può esigerla che dopo un termine congruo, o spirato il termine stabilito dall'autorità giudiziaria (art. 1173). [3] Se poi le parti abbiano fissato un termine per la tradizione, essa deve farsi prima che questo scada.

In verun caso poi il venditore è tenuto a consegnare la cosa, se il compratore non ne paga il prezzo; salvochè gli abbia accordata una dilazione pel pagamento del medesimo (articolo 1469). [4] Ma quand'anche gli abbia accordata questa dilazione, non è tenuto a consegnare al compratore la cosa, se dopo la vendita questi cada in istato di fallimento, o di non solvenza; in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo. Anzi può il venditore ricusarsi di fare la consegna della cosa venduta al compratore, se questi si trovava in istato di fallimento o di non solvenza nel tempo in cui fu conchiusa la vendita, e lo abbia al medesimo dissimulato frodolentemente. [5] Ove peraltro il compratore gli dia cauzione di

---

[1] Leg. 2, § 1, e Leg. 3 in fine, D. de act. empt. vend.

[2] Vedi sopra n. 107.

[3] Vedi sopra n. 38. e seg.

[4] Leg. 13, § 8, D. de act. empt. vend.

[5] Marcadé, art. 1608-1611, II.

pagare il prezzo nel termine pattuito, non può il venditore ricusare la consegna della cosa per esser cessato questo pericolo (art. 1469). [1]

Il venditore non può mutare dopo la vendita, lo stato della cosa venduta; perciocchè questa non è più sua ma del compratore (art. 1470). [2] E deve usare nel conservarla sino alla consegna le diligenze di un buon padre di famiglia (art. 1219). [3] Perciò è tenuto giusta le regole generali, per la perdita o il deterioramento della cosa venduta e non per anco consegnata; ove siano avvenuti per sua colpa lieve (art. 1480). Ma in senso inverso ha diritto al rimborso delle spese necessarie ed utili. Quanto alle costruzioni e piantagioni che abbia fatto sul fondo venduto, i suoi rapporti col compratore saranno regolati dalla disposizione dell'articolo 450. [4]

Se il venditore manchi a queste obbligazioni, il compratore può nei congrui casi, valersi dell'articolo 1165. E se sulla sua dimanda, il giudice ordini l'immissione di lui in possesso della cosa acquistata, la sentenza terrà luogo di tradizione non solo rispetto al venditore, ma anche riguardo ai terzi: e potrà essere eseguita *manu militari* contro il venditore che si rifiuti di obbedirvi. [5]

236. Da ultimo il venditore è tenuto alla consegna della cosa nella quantità indicata nel contratto; eccettochè sia stato dispensato da questa obbligazione, o risulti che la cosa è stata

---

[1] Leg. 18, § 1, D. de per. et com. rei vend.; Leg. 31, § 8 e Leg. 57 princ. D. de aedil. edicto.

[2] Questo articolo dice « La cosa deve consegnarsi nello stato in cui si trovava al tempo della vendita »; ma ciò è vero soltanto in senso relativo, in quanto cioè la cosa non abbia subìto cangiamenti per cause che agiscono sulla proprietà a vantaggio o a danno del proprietario. La regola assolutamente esatta è quella espressa nel testo (Consulta Duranton, XVI, 208; Aubry e Rau, tom. cit. § 354, pag. 364; Marcadé, art. 1614, I).

[3] Consulta Leg. 5, § 2, D. commod. XIII, 6; Leg. 14, § 1, D. de per. et com. rei vend. XVIII, 6; Leg. 13, § 16, D. de act. empt. vend. XIX, 1; Leg. 38, D. de damno infect. XXXIX, 2.

[4] Marcadé, art. 1614, I.

[5] Consulta Troplong, I, 293; Aubry e Rau, tom. cit. § 354, pag. 363.

venduta senza alcun riguardo alla misura, quantunque indicata nel contratto (art. 1472). [1]

L'obbligo di consegnare la cosa nella quantità stipulata è regolato in modo speciale nelle vendite de' beni immobili in queste tre ipotesi, cioè:

1° Quando la vendita di un immobile si è fatta coll' indicazione della quantità in ragione di un tanto per misura. Allora il venditore è obbligato di consegnare al compratore che lo esige, la quantità indicata nel contratto, e se ciò non sia possibile o il compratore non lo esiga, il venditore è obbligato a soggiacere ad una proporzionale diminuzione del prezzo (articolo 1473); [2] ma non a subire la risoluzione del contratto; non accordando la legge al compratore il diritto di domandarla. [3] Se all'opposto la quantità si trova maggiore di quella espressa nel contratto, il compratore deve corrispondere il supplemento del prezzo: ha però la facoltà di recedere dal contratto, se l'eccedenza oltrepassa la vigesima parte della quantità dichiarata nel medesimo (art. 1474); [4]

2° Quando la vendita riguarda un corpo determinato e limitato, o fondi distinti e separati, ovvero comincia dalla misura o dall' indicazione del corpo venduto susseguita dalla misura. In tale ipotesi non si fa luogo ad alcun supplemento di prezzo a favore del venditore per l' eccedenza della quantità, nè ad alcuna diminuzione del medesimo in favore del compratore, se essa sia minore; salvo quando la differenza della misura reale in confronto di quella indicata nel contratto ecceda la vigesima parte in più o in meno del valore intero della cosa venduta (art. 1475); [5]

---

[1] Duvergier, I, 281; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 364.

[2] Quanto al diritto romano, consulta Leg. 40, § 2, D. de contr. empt. XVIII, 1; Leg. 69, § 6, D. de evict. XXI, 2; Leg. 1, § 1 princ. de aedil. edict. XXI, 2.

[3] [4] Casale, 7 dicembre 1866, B. XVIII, 2, 637.

[5] Consulta C. C. Napoli, 23 aprile 1867, B. XIX, 1, 270; quanto al diritto romano, vedi Leg. 38 princ. D. de act. empt. vend.; Leg. 69, § 6, de evict., Leg. 1, § 1 princ. D. de aedil. edict.

3° Quando si sono venduti due fondi con lo stesso contratto e per un solo e medesimo prezzo, coll'indicazione della misura di ciascuno di essi. In questo caso, se si trova che la quantità è minore nell'uno e maggiore nell'altro, se ne fa la compensazione fino alla debita concorrenza; dimodochè non si fa luogo nè a supplemento nè a diminuzione di prezzo che in quanto resta una differenza di un ventesimo, dopo fatta la compensazione (art. 1479).[1]

Quando in queste ipotesi, si faccia luogo ad aumento di prezzo per eccedenza della quantità su quella dichiarata nel contratto, il compratore ha la scelta o di pagare il supplemento del prezzo con gl'interessi dal giorno in cui entrò nel godimento del fondo, o di recedere dal contratto (art. 1476), ma non mai di esigere la detrazione dell'eccedenza.[2] Però nella prima ipotesi, cioè della vendita di un immobile fatta coll'indicazione della quantità in ragione di un tanto per ogni misura, il compratore non gode di questo diritto di scelta che sotto la condizione che l'eccedenza oltrepassi la vigesima parte della quantità dichiarata nel contratto; altrimenti non può che corrispondere l'eccedenza del prezzo (art. 1474).

Al contrario se v'abbia deficienza di quantità il compratore non ha mai la facoltà di recedere dal contratto, per quanto grande sia la differenza in meno della quantità reale, in confronto di quella indicata nel contratto; gode soltanto della facoltà di domandare una diminuzione di prezzo. Nondimeno per presunta intenzione delle parti questa deficienza può dar luogo alla risoluzione del contratto a favore del compratore, quando il fondo sia stato acquistato per una speciale destinazione, conosciuta dal venditore, e ad essa non sia adatto per tale deficienza (arg. art. 1492)[3]

---

[1] Leg. 42, D. de act. empt. vend.

[2] Duvergier, I, 296; Troplong, I, 297; Aubry e Rau, tom. cit. § 354, pag. 366, nota 28.

[3] Delvincourt, III, 138; Duranton, XVI, 223; Duvergier, I, 286; Aubry e Rau, tom. I, § e pag. cit. testo e nota 30; *contro* Troplong, I, 330.

In tutti i casi in cui il compratore usi del diritto di recedere dal contratto, il venditore è tenuto a restituirgli, oltre il prezzo che avesse ricevuto, le spese del contratto medesimo (art. 1477), e nei congrui casi, a risarcirgli i danni (arg. art. cit.). [1]

Tutte queste regole sono applicabili non solo alle vendite volontarie ma anche alle necessarie (Cod. di proc. e arg. *a contr.* art. 1536 alinea). [2]

Le stesse regole poi possono essere modificate da convenzioni contrarie, essendo d'interesse meramente privato; anzi può anche derogarsi in tutto alle medesime. Tra queste convenzioni merita speciale ricordo la clausola con cui il venditore si esima dall'obbligo di garantire la quantità in una vendita fatta coll'indicazione di essa, in ragione di un tanto per ogni misura, giusta l'articolo 1473: cotesta clausola non ha l'effetto di obbligare il compratore a pagare il prezzo in proporzione della misura indicata; tutt'altro, nonostante essa, questi non deve che il prezzo proporzionato alla quantità; quindi se la quantità indicata sia di mille ettari e il prezzo fissato a cento lire per ettaro, il compratore non dovrà che ottanta mila lire, se dalla misura risulta la quantità di ottocento ettari. Ma a norma delle circostanze, potrà la detta clausola essere efficace a privare il compratore del diritto di recedere dal contratto nel caso che la eccedenza oltrepassasse la vigesima parte della quantità dichiarata nel medesimo. Eguale effetto potrà attribuirsi, per interpretazione della volontà dei contraenti, alla espressione *in circa* aggiunta alla indicazione della quantità. [3]

---

[1] Aubry e Rau, tom. § e pag. cit.

[2] Duvergier, I, 300; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 367, e le molte sentenze che cita; *contro* Troplong, I, 245, nota 2.

[3] Vedi Duranton, XVI, 225; Duvergier, I, 299; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 367. — Reputo, sia pregio dell'opera riprodurre il notevole e utilissimo giudicato della Corte di Brescia, intorno al valore giuridico della dizione approssimativa *circa*. « Come insegnano ad una voce tutti li più reputati dottori, così essa, la dizione approssimativa, *circa*, importa di per sè modico aumento o modica diminuzione nella quantità con quella clausola espressa dall'uno fino al dieci per centinaio, a regolato arbitrio del giudice, secondo le diverse consue-

Se poi la stessa clausola sia inserita nel contratto di vendita considerata dall'articolo 1475, si reputa che deroghi alla disposizione di questo articolo, e impedisce perciò che si faccia luogo ad aumento o a diminuzione di prezzo, quantunque la differenza sia maggiore di un ventesimo. [1] Ma pari effetto non si può attribuire, almeno in generale, alla espressione *in circa* con cui suole accompagnarsi l'indicazione della quantità. [2]

Nei casi sopra espressi, l'azione pel supplemento del prezzo che spetta al venditore, e quella per la diminuzione del prezzo o pel recesso del contratto che spetta al compratore, debbono proporsi nel termine di un anno, sotto pena della perdita delle rispettive ragioni (art. 1478). [3] L'anno si computa dal giorno del contratto (art. cit.); purchè le parti non abbiano fissato un termine per fare la misura; nel qual caso l'anno non incomincia a decorrere se non da questo. Il termine dell'anno corre eziandio contro i minori, gl'interdetti e le donne maritate; perocchè trattasi di decadenza delle proprie ragioni e non di prescrizione. [4]

La disposizione di questo articolo 1478 non è punto applicabile alla dimanda di consegna di una parte determinata di un immobile che il compratore pretende, sia stata compresa nella vendita, nè alla dimanda di restituzione promossa dal venditore

---

tudini dei luoghi, la maggiore o minore entità, e le altre peculiari circostanze del caso; che se da taluni prammatici in casi speciali si è fatto per eccezione estendere l'efficacia della clausola d'approssimazione fino a comprendere la differenza in più o in meno di un sesto, e perfino d'un quinto del totale, e così di un venti per centinaio, nella quale non pare si possa ravvisare, non vi è però mai stato nessuno scrittore, e molto più poi nessun tribunale, che per eccesso di esagerazione abbia mai inconsultamente oltrepassato quel già abbastanza soverchio limite del quinto» (Brescia, 10 marzo 1869, A. IV, 2, 282; vedi pure Firenze, 27 dicembre 1868, A. II, 2, 647).

[1] Consulta Casale, 1 marzo 1869, A. IV, 2, 366.

[2] Troplong, I, 340; Aubry e Rau, loc. cit.; *contro* Duranton, XVI, 229.

[3] Consulta C. C. Napoli, 23 aprile 1867, loc. cit.; quanto al diritto romano consulta Leg. 1, § 1 in med. comb. colla Leg. 3 princ. in med. D. de aedil. edict.

[4] Duranton, XVI, 241; Troplong, I, 352; Duvergier, I, 304; Aubry e Rau, loc. cit.

nel caso inverso; perocchè tali dimande differiscono essenzialmente dalle azioni di supplemento o diminuzione di prezzo. [1]

Non è neppure applicabile alle vendite di cose mobili. [2]

Dall'esame di queste ipotesi specialmente considerate dalla legge, passiamo a vederne altre tre che possono non infrequentemente darsi.

1° Vendita di un immobile determinato, senza indicazione di quantità, per un unico prezzo; come se esempligrazia, ti venda il mio fondo confinante con il colle, il fiume e la strada per centomila lire. Qualunque sia la quantità di questo fondo, grande o piccolo, maggiore o minore di quella che tu credevi, la vendita è perfetta e tu mi devi l'intero prezzo; perciocchè io ti ho venduto il fondo, come corpo e a te spettava di conoscerne la quantità se ciò t'interessava;

2° Vendita di un immobile senza indicazione della quantità, ma in ragione di un tanto per ogni misura; come se per esempio io ti venda il mio fondo che ha i tali e tali confini per mille lire per ogni ettaro. La vendita in questa ipotesi non diviene perfetta che fatta la misura dell'immobile; perocchè da questa misura dipende la determinazione del prezzo. Di conseguenza, finchè questa misura non è fatta, la cosa rimane in proprietà ed a pericolo del venditore, e se perisca prima che sia misurata, la vendita si considera come non stipulata; [3]

3° Vendita di un certo numero di misure da prendersi in un dato fondo; come se ti venda nove ettari di terreno della mia possessione per mille lire per ettaro, o per il prezzo totale di nove mila lire. Questa vendita non diviene perfetta e perciò non trasmette la proprietà al compratore che fatta la misura perciocchè questa determina l'oggetto del contratto, che altrimenti è e rimane indeterminato.

---

[1] Consulta Troplong, I, 353; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 368.

[2] Duranton, XVI, 241; Troplong, I, 352; Duvergier, I, 304; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 369.

[3] Troplong, I, 329; Marcadé, art. 1616, II.

237. Il venditore deve consegnare al compratore con la cosa venduta tutti gli accessori; fra gli accessori si comprendono i documenti della proprietà venduta e le chiavi. Deve pure consegnare gli accrescimenti che la cosa abbia ricevuto per benefizio della natura o per fatto di lui, salvo la disposizione dell' articolo 450. Infine deve consegnare tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa; per esempio, gli specchi, i quadri ed altri ornamenti che formino corpo col tavolato, colla parete e col soffitto; perciocchè tutti questi oggetti o erano parte della cosa venduta nel tempo del contratto, o si sono aggiunti alla medesima dopo essere divenuta proprietà del compratore (art. 1471). [1]

Deve poi restituire al compratore i frutti percepiti dal giorno della vendita; perchè da tal giorno quegli divenne proprietario della cosa acquistata (art. 1470). [2] Ciò è vero, sebbene la vendita sia stata fatta sotto condizione sospensiva; essendo già noto che questa verificandosi, ha effetto retroattivo dal giorno della stipulazione del contratto. [3] Ma da parte sua il venditore ha diritto da questo stesso giorno agl' interessi del prezzo. [4] Nulla però vieta alle parti contraenti di modificare queste regole; stipulando per esempio, che l'ammissione del compratore nel godimento, sia differita per un dato termine, o a dopo la raccolta dei frutti pendenti. [5]

238. La seconda obbligazione che ha il venditore in forza del contratto di vendita, è quella di garantire la cosa che vende, come fu notato superiormente.

La garantía che il venditore deve al compratore ha due oggetti: il primo riguarda il pacifico possesso della cosa ven–

---

[1] [2] Consulta Leg. 47, 48, 49 e 67, D. de contr. empt. XVII, 1; Leg. 7 e 8 D. de per. et com. rei vend. XVIII, 6; Leg. 13, § 10, 12 e 13; Leg. 14, 15, 16, 17, 18, 38, 48 e 52 princ. D. de act. empt. XIX, 1; Leg. 13 e 16, C. eod. IV, 49; Inst. § 3 in fine, de empt. et vend. III, 23; Leg. 10, D. de reg. iur. L, 17.

[3] Consulta Marcadé, art. 1614.

[4] Marcadé, loc. cit.; *contro* Troplong, I, 322; Duvergier, I, 321 not.

[5] Marcadé, loc. cit.

duta; il secondo riguarda i vizi o i difetti occulti della medesima (art. 1481). [1]

In forza dell' obbligazione di garantire il pacifico possesso della cosa venduta, il venditore e i suoi eredi debbono astenersi da ogni fatto od atto che possa turbare il compratore nel suo possesso, o privarlo di una parte qualunque degli utili che egli aveva legittima speranza di ritrarre dalla cosa acquistata; considerata la destinazione della medesima e lo stato in cui si trovava nel tempo del contratto; per esempio, quegli che avesse venduto un mulino, non potrebbe dimandare alla competente autorità che nel suo privato interesse sia abbassato il livello dell' acqua motrice del medesimo che esisteva nel tempo del contratto. Del pari il vero proprietario della cosa venduta che accetti puramente e semplicemente la eredità del venditore non potrà rivendicarla contro il compratore; perocchè non può evincere chi deve garantire; *quem de evictione tenet actio; eumdem agentem repellit exceptio.* Infine il minore divenuto maggiore non può dimandare la nullità della vendita di un suo fondo, fatta dal suo tutore senza le necessarie formalità, ove ne sia erede puro e semplice. [2] Ma non ci sembra che il venditore di un fondo di commercio non possa, anche subito dopo fatta la vendita, aprirvi vicino un altro negozio di eguale commercio. [3]

Secondariamente in forza della stessa obbligazione, il venditore è tenuto ad assumere la difesa del compratore molestato da un terzo, che gl' impedisca di entrare in possesso della cosa acquistata, o di esercitare un diritto di servitù attiva compresa nel contratto di vendita, o che promuova qualche azione riguardante la cosa venduta e fondata sopra una causa anteriore alla vendita. E per questo secondo capo di obbligazione, il

---

[1] Consulta Leg. 6, C. de evict. VIII, 45; Leg. 1, § 1 e 2, D. de aedil. edict. XXI, 1.

[2] Troplong, I, 146; Duvergier, I, 351; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 370.

[3] Vedi il mio Trattato delle locazioni, n. 80 e 81; *contro* Aubry e Rau, IV, § 355, pag. 369; i quali citano le sentenze del 24, 36, 48 e 53, e perciò dimolto anteriori alle sentenze da me riferite in quel Trattato, e che per analogia valgono a sostenere la decisione, che reputo di seguire.

venditore anche nel caso che riesca a far cessare la molestia, deve rimborsare il compratore delle spese sostenute per la lite; salvo il regresso contro il molestante; [1] ma non è tenuto a pagargli i danni che questi può avergli cagionato col fatto della ingiusta molestia. [2]

Da ultimo in forza di questa stessa obbligazione, il venditore, che non riesca a far cessare la molestia, ossia ad impedire l'evizione della cosa venduta, deve restituire al compratore il prezzo, e tenerlo indenne de' danni che gli avrà cagionato la evizione medesima.

L'obbligazione della garantía, sia positiva, [3] sia negativa, [4] è indivisibile, quando abbia per oggetto la restituzione del prezzo e il risarcimento de' danni per effetto della evizione. [5]

239. Nel passare da queste generalità, a discorrere in modo speciale della obbligazione di garantía nel caso di evizione, importa innanzi tutto distinguere i vari casi di evizione per poter determinare la estinzione della medesima.

Questi casi possono essere cinque; *a)* evizione di tutta la cosa venduta; *b)* evizione di una parte materialmente determinata della cosa stessa; *c)* evizione di una parte aliquota della medesima; *d)* evizione parziale risultante dalla privazione del godimento di una servitù attiva compresa nel contratto di vendita; *e)* evizione parziale risultante dal peso di una servitù passiva gravante sull'immobile venduto e non dichiarato nell'atto di vendita.

Ma all'effetto di determinare la estensione dell'anzidetta obbligazione, questi cinque casi possono raccogliersi in due

---

[1] Duvergier, I, 386; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 270.

[2] Aubry e Rau, tom. § e pag. cit., nota 6.

[3] [4] È positiva l'obbligazione della garantía, in quanto il venditore deve assumere la difesa del compratore, e negativa in quanto deve astenersi da ogni atto di turbativa.

[5] Vedi sopra n. 29 e consulta Troplong, I, 433, 434 e 438; Duvergier, I, 355; Marcadé, art. 1626, VIII; Larombière, Des obligations, art. 1222-1223, 14; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 370-371.

gruppi; comprendendo nell'uno i tre primi, e nell'altro il quarto e quinto.

240. La evizione di tutta la cosa o di una parte materialmente determinata o aliquota della medesima è il rilascio che per autorità del giudice ne deve fare il compratore, in forza di un diritto di proprietà, o d'ipoteca esercitato da un terzo; così v' ha evizione, se il vero proprietario rivendichi contro di me il fondo suo che tu mi hai venduto, o se un tuo creditore ipotecario, valendosi dell' articolo 2014, faccia vendere tutto o una parte dell'immobile che ipotecato mi hai venduto.

Deve assimilarsi all'evizione; *a)* il rilascio che il compratore fa volontariamente per evitare una lite insostenibile (arg. art. 2022); *b)* il rigetto dell'azione promossa dal compratore contro un terzo detentore della cosa comprata; *c)* il pagamento dei crediti ipotecati sul fondo comprato, eseguito dal compratore per evitare il rilascio dell' immobile (articoli 2010 e 2013); *d)* la conservazione della cosa comprata *a non domino* ottenuta dal compratore per essere succeduto al vero proprietario a titolo universale o particolare; così se ti ho venduto un fondo non mio, e tu sia erede del proprietario di questo, o lo riceva da lui per legato, il fondo diviene tua irrevocabile proprietà, ma non per effetto della vendita. [1] Ma la semplice espulsione dal possesso per via di fatto non basta a costituire la evizione propriamente detta (arg. art. 1581). [2]

Non si fa luogo a garantia per evizione se non quando questa proceda da una causa anteriore al contratto di vendita; come quando per esempio, un creditore per un'ipoteca conceduta sul fondo prima che sia venduto o prima che sia trascritto l'atto di vendita, proceda alla espropriazione del fondo ipotecato per esser pagato del suo credito; è indifferente a questo riguardo che la ipoteca sia stata iscritta prima del contratto di

---

[1] Consulta Leg. 12, § 15, D. de act. empt. vend. XIX, 1; Leg. 9 e 41, § 1, D. de evict. XXI, 2; Duranton, XVI, 249; Duvergier, I, 211, 312 e 313; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 373-374; Marcadé, art. 1626-1629, I.

[2] Vedi il mio Trattato delle locazioni, n. 93 e seg.

vendita, o solamente prima della trascrizione di questo. La sentenza del giudice che accolga la dimanda di rivendicazione del fondo venduto promossa da un terzo, deve ritenersi come causa di evizione anteriore alla vendita, per quanto erroneamente abbia riconosciuto in questo il diritto di proprietà. [1]

Nondimeno può farsi luogo alla garantía per evizione, benchè proceda da causa posteriore alla vendita, quando questa causa consta in un fatto personale del venditore, come se per esempio, questi medesimo abbia conceduto un'ipoteca sul fondo dopo averlo venduto; nè gli gioverebbe di opporre al compratore che l'ipoteca in tanto è stata efficace contro di lui, in quanto non è stato diligentissimo a trascrivere l'atto di vendita; imperocchè, tralasciato che l'eccezione è turpe, perchè rivela in lui l'animo di aver voluto frodare il creditore, ed è infondata perchè la legge non prescrive al compratore di fare entro un termine la trascrizione sotto pena della perdita del diritto alla garantía per causa di evizione; è sempre vero che egli, venditore, ha mancato all'obbligazione di astenersi da ogni atto che poteva cagionare molestie al compratore. La stessa decisione sarebbe applicabile, ove tu dopo aver venduto a me il tuo fondo, lo venda ad un altro che trascriva l'atto di vendita prima di me. [2]

La prescrizione del fondo venduto che si compie dopo la vendita e che ne toglie la proprietà al compratore, si reputa causa posteriore alla vendita, benchè incominciata anteriormente, e di conseguenza non dà luogo a garantía a favore del medesimo. [3] Nondimeno ove siasi compiuta cotanto subito dopo la vendita; che il compratore non abbia avuto il tempo moralmente necessario per interromperla; il venditore può esserne dichiarato risponsabile; perchè in questo caso la prescrizione è

---

[1] Troplong, I, 424; Duvergier, I, 316; Marcadé, art. 1626-1629, II.

[2] Troplong, I, 422; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 374 testo e nota 15; Marcadé, loc. cit.

[3] Carré, Lois de la procédure, II, 2323; Troplong, I, 425; Duvergier, I, 314; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 374-375.

un fatto imputabile al venditore che perciò deve esserne responsabile verso il compratore. [1]

In tutti gli altri casi, il venditore non è garante della evizione che proceda da causa posteriore alla vendita; per esempio, da un decreto di espropriazione forzata per causa di pubblica utilità, che pareggiato ad un caso di forza maggiore, non può colpire che il proprietario.

La garantia per l'evizione è dovuta tanto nelle vendite volontarie, quanto nelle vendite forzose. E anche in queste, la garantia è dovuta dal venditore che è il debitore espropriato, e non già il creditore espropriante. [2] Ma il creditore espropriante può essere soggetto al risarcimento de' danni verso l'aggiudicatario, giusta il diritto comune, se per un fatto suo doloso o colposo, l'aggiudicazione venga annullata (art. 1151). [3] Inoltre i creditori esproprianti e pagati de' loro crediti dall'aggiudicatario, sono tenuti alla restituzione di ciò che hanno ricevuto da lui in pagamento e che deve considerarsi come non dovuto o dato senza causa, a motivo della sofferta evizione. [4] La stessa decisione è applicabile nelle vendite volontarie al compratore che del pari abbia erogato il prezzo per soddisfare i debiti del venditore; [5] in specie può ripetere il prezzo pagato ai cessionari di questo. [6]

[1] Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1626-1629, II.

[2] Duranton, XVI, 265; Duvergier, I, 364; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 376; Marcadé, art. 1626-1629, III; Delvincourt (III, 144) e Troplong (I, 432) sono di avviso che neppure contro il debitore spropriato possa agirsi in garantia dall'aggiudicatario; perchè non può considerarsi come venditore, non acconsentendo nella espropriazione. Ma si osserva in contrario, che la sentenza del giudice tiene luogo del consenso di lui; perchè egli stesso avrebbe dovuto di sua volontà procedere all'alienazione de' suoi beni, affine di ritrarne il denaro occorrente per il soddisfacimento delle sue obbligazioni. Inoltre egli tollerando senza protesta che si procedesse alla espropriazione di beni non suoi, commette tal dolo da farlo assomigliare ad un vero venditore.

[3] Merlin, Rép. v° Saisie immobilière, 557, c. 2; Troplong, I, 498; Duvergier, I, 346; Marcadé, Aubry e Rau, loc. cit.; *contro* Duranton, XIII, 686.

[4] Merlin, v° Saisie immobilière, § 7, n. 2; Troplong, I, 432 e 498; Duvergier, I, 346; Aubry e Rau, loc. cit.; *contro* Duranton, XIII, 686, e XVI, 266.

[5] Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Torino, 20 dicembre 1869, B. XXI, 2, 964.

La garantía per l'evizione è dovuta, non solo quando questa sia stata sofferta dal compratore o da un suo successore a titolo non solo universale, ma anche particolare, sia oneroso, sia lucrativo; per esempio da colui al quale avesse rivenduto la cosa comprata, o l'avesse data in permuta, o l'avesse donata. [1] Questo successore, benchè a titolo particolare, può agire per la garantía direttamente contro il venditore originario, quantunque non sia stato surrogato nei diritti del suo autore; perocchè con la proprietà di una cosa si reputano trasmessi tutti i diritti ed azioni, identificatisi colla medesima e divenuti suoi accessori. [2] Chè anzi può agire direttamente contro di lui, sebbene non abbia diritto a garantía contro il suo autore; per esempio, nel caso in cui siagli succeduto per titolo di donazione; essendo ben ragionevole che quanto è compreso nella prestazione della garantía debba profittare al donatario e non al venditore. [3]

L'obbligazione della garantía per causa di evizione incombe al venditore di diritto, in forza della natura del contratto (articolo 1482). [4] Perciò egli la deve, quantunque nel contratto non sia stata stipulata, e quantunque la evizione abbia luogo senza alcuna sua colpa e la causa della medesima sia stata a lui ignota, come quando esempligrazia, abbia venduto una cosa che in buona fede credeva sua (art. 1482).

241. Ove si tratti di evizione totale, il venditore che ne deve la garantía, è tenuto a restituire il prezzo, che altrimenti riterrebbe senza causa (art. 1486). Egli deve restituire l'intero prezzo, quantunque nel tempo in cui si verifica l'evizione, la cosa venduta si trovi diminuita di valore o notabilmente deteriorata (art. 1487), od anche sia perita in parte, tanto per forza maggiore quanto per negligenza del compratore che non

---

[1] Duranton, VIII, 532, e XVI, 276; Troplong, I, 429; Duvergier, I, 343; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1626-1629, IV.

[2] Troplong, I, 437; Duvergier, I, 343; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Duranton, XVI, 274; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1630-1635, III.

[4] Leg. 6, C. de evict. VIII, 45.

gli sia imputabile a colpa, credendosi in buona fede proprietario della medesima (arg. art. 1487). [1] Ma se il compratore ha ricavato un utile dai deterioramenti da esso fatti, sia per un godimento abusivo sia per una coltivazione od esercizio immoderato della cosa acquistata; avendo esempligrazia venduto il taglio di un bosco, il venditore ha diritto di ritenere sul prezzo una somma corrispondente all'utile anzidetto, altrimenti quegli riceverebbe il doppio prezzo di tale taglio, l'uno da colui che l'acquistò, l'altro dal venditore garante (art. 1488). Acciò peraltro questi abbia tal diritto è necessario che il compratore non abbia dovuto tenerne indenne il proprietario evincente; se no il venditore profitterebbe di quell'utile con danno del venditore. [2] Inoltre, se il compratore sapeva che la cosa acquistata non era potuta divenir sua, e perciò con mala fede la deteriorò, il venditore ha diritto eziandio di ritenere sul prezzo l'indennità che dovrà al proprietario evincente per causa di tali deterioramenti; sempreché ben inteso il compratore non sia stato condannato a prestarla lui al proprietario medesimo. [3] Infine ha diritto di ritenere sul prezzo ciò che avesse pagato al compratore per indennizzarlo delle servitù gravanti il fondo venduto e non dichiarate nel contratto, e della deficienza della quantità del medesimo; perocchè alla fin fine questa indennità fa parte del valore della cosa venduta: perciò ove il venditore oltre questa indennità, dovesse pagare ancora l'intero prezzo, il compratore ritrarrebbe un utile dalla vendita a tutto danno del venditore. [4]

Il prezzo che il venditore deve restituire, è per regola quello che ha ricevuto. Tuttavia se contro di esso agisca per la garantia dell'evizione non l'originario, ma un secondo compratore, e

---

[1] Duranton, XVI, 284; Duvergier, I, 359; Troplong, I, 487; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 377; Marcadé, art. 1630-1635, II.

[2] Duranton, XVI, 285 e 286; Troplong, I, 491 e seg.; Duvergier, I, 360; Aubry e Rau, tom. cit. § 355, pag. 378.

[3] Vedi Marcadé, art. 1630-1635, II.

[4] Vedi dott. cit. loc. cit.

questi abbia comprato per minor prezzo, non è tenuto a restituire il prezzo ricevuto, sibbene il prezzo minore pagato dall'autore. Ciò è vero quand'anche questi sia stato surrogato espressamente nei diritti del suo autore e agisca in base di questa surrogazione; perocchè niuno può mai pretendere che gli siano state concedute ragioni di garantía per somma maggiore di quella che abbia pagato. [1] Ma il secondo compratore che agisca contro il venditore originario, potrà conseguire somma maggiore della pagata, quando abbia diritto ad indennità per differenza di valore della cosa in relazione ai due tempi, dell'acquisto cioè, e della evizione; per esempio, se tu abbia comprato da Caio per centomila, ed io da te per ottantamila, e la cosa valga centomila il giorno della evizione; in questo caso posso agire per i centomila contro Caio, oppure per ottantamila contro di lui, e per ventimila contro di te, e tu puoi agire per il rimborso dei ventimila contro il tuo autore; perocchè dovendoti egli la garantía, deve tenerti indenne di quanto la evizione ti fa perdere. Ma ove il compratore evitto ha conseguíto da uno dei venditori successivi della cosa da lui per ultimo comprata quanto gli spetta per la evizione sofferta, non può altro dimandare agli altri venditori. [2]

In secondo luogo il venditore è tenuto, in forza dell'obbligazione della garantía per l'evizione totale, a tenere indenne il compratore di tutti i danni che questa può avergli cagionato (art. 1486). [3]

Fra i capi d'indennità devono noverarsi specialmente:

1° Le spese e i legittimi pagamenti fatti nel contratto, quali per esempio, le spese di misura, l'onorario pagato al

---

[1] Troplong, I, 496; Duvergier, I, 371; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 377, nota 28; Marcadé, art. 1630-1635, III.

[2] Vedi Marcadé, loc. cit.

[3] Diciamo con preposizione generale che il venditore è tenuto al risarcimento de' danni, quantunque questa espressione non si trovi che nel principio del n. 4 dell'articolo citato, perchè veramente gli oggetti specialmente considerati nei num. 2, 3 e 4 in fine non sono dovuti che per titolo di risarcimento di danni.

notaio, se la vendita fu fatta per atto pubblico, il costo della carta bollata, la tassa di registro e simili (art. 1486 4°);

2° Il valore dei frutti che il compratore è obbligato di restituire al proprietario che ha rivendicato la cosa (art. 1486 2°).[1] È però necessario che il compratore medesimo abbia pagato il prezzo, o gl'interessi di questo; perchè altrimenti godrebbe del prezzo e dei frutti della cosa;

3° Una somma di denaro pari al maggior valore della cosa nel tempo della evizione; per esempio, se io abbia pagato il tuo fondo diecimila, e nel giorno in cui mi viene evitto valga undicimila, tu, oltre il prezzo di diecimila, mi dovrai per indennità altre mille; perchè realmente per effetto della evizione perdo undicimila. Nulla rileva che la cosa sia aumentata di valore indipendentemente dal fatto del compratore (come se esempligrazia, per favore dei tempi, il prezzo del genere a cui appartengono le cose vendute, siasi naturalmente aumentato, o abbia ricevuto un accrescimento per benefizio della natura; quale un terreno alluviale), [2] o per fatto del compratore medesimo, come se abbia riparato o migliorata la cosa acquistata (art. 1498 e 1490). [3] Ma le spese di riparazioni e di mi-

---

[1] Il testo dice in questo luogo « 2° Quella (la restituzione) de' frutti, quando sia obbligato (il compratore) di restituirli al proprietario che ha rivendicato la cosa » come dice l'articolo 1630 2° del Codice napoleonico; ma mentre nel Codice napoleonico la espressione è perfettamente esatta, nel nostro è inesattissima, perchè in questo può accadere che il compratore possa per un certo tempo far suoi i frutti, essendo in buona fede, e in seguito incominciare ad esser tenuto alla restituzione, scoprendo il vizio del suo titolo, anche prima che sia promossa l'azione di rivendicazione, mentre pel nostro diritto, solo che fu in buona fede nel tempo in cui fu fatta la vendita, fa suoi tutt' i frutti sino al giorno della dimanda; che se poi fu allora in mala fede, non ha diritto a risarcimento di danni, e perciò neppure alla restituzione del valore dei frutti.

[2] Se per avventura la cosa abbia avuto accrescimento da una parte e diminuzione dall'altra, come se ad esempio le acque del fiume avessero svelto cinque ettari di terreno verso l'estremità orientale, e aggiuntone cinque verso l'estremità occidentale, non si farebbe luogo a questo capo d'indennità perchè in fatto il fondo non varrebbe di più (Vedi Troplong, I, 495; Marcadé, articolo 1630-1635, II).

[3] Leg. 70 princ. D. de evict.; Leg. 9 in fine; C. de evict. VIII, 45.

glioramenti in tanto ha diritto di ripeterle dal venditore, in quanto non può conseguirle dal proprietario che ha rivendicato la cosa (art. 1490). Ove poi da questo non possa conseguirne che una parte, non ha azione contro il venditore, che pel resto. E quando si tratti di aumento di valore della cosa ottenuto dal compratore a proprie spese, è necessario di distinguere se il venditore fu di buona o mala fede; perocchè se fu di buona fede, il compratore ha diritto di conseguire il valore aumentato, sia questo maggiore o minore della spesa; perocchè egli in realtà subisce la perdita del valore aumentato, non solo quando sia maggiore della spesa, ma eziandio quando è minore; avendo egli medesimo perduto a suo danno la differenza in meno del valore in confronto della spesa (art. e arg. art. 1489 e 1490); inoltre come è giusto che deve tornare a suo esclusivo vantaggio l'aver saputo spender sì bene da produrre un aumento di valore maggiore della spesa, giustizia vuole che a suo esclusivo danno torni l'avere speso male.[1] Ma il compratore non può pretendere dal venditore di buona fede che l'aumento di valore che provenga da cause ordinarie e non quello grandissimo che esser possa prodotto da cause straordinarie ed imprevedibili (arg. art. 1228 cong. art. 1495).[2] Ove poi il venditore sia stato di mala fede, il compratore può ripeter da lui l'aumento di valore o la spesa a sua scelta; più ancora, può chiedergli il rimborso anche delle spese voluttuarie (art. 1491);[3]

4° Le spese fatte per la denunzia della lite e quelle fatte per la dimanda principale promossa dal proprietario che rivendica la cosa (art. 1486 3°). È indifferente che la obbligazione della garantía abbia tutto il suo effetto a norma di legge,

---

[1] Duranton, XVI, 297; Troplong, I, 509; Duvergier, I, 368; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 279.

[2] Duvergier, I, 369; Marcadé, art. 1630-1635, V, che citano Dumoulin e Pothier, guide ordinarie dei compilatori del Codice napoleonico, le disposizioni del quale sono state, anche in questa parte copiate dal nostro; *contro* Toullier, VI, 235; Duranton, XVI, 295; Aubry e Rau, III, 266; Troplong, I, 507; quest'ultimo però riconosce più equa la decisione che adottiamo.

[3] Leg. 45, § 1 in fine, D. de act. empt. et vend.

o che questo sia ristretto alla restituzione del prezzo da un patto particolare stipulato fra le parti contraenti. Tuttavia il giudice, avuto riguardo alle circostanze, può dispensare il venditore di rimborsare al compratore le spese da questo fatte prima di chiamarlo in causa (arg. art. 1915). [1] Non è poi tenuto il venditore medesimo a rimborsare al compratore le spese che facesse per sostenere la lite, dopo avergli dichiarato di non aver mezzi sufficienti per vincerla. [2]

242. Quanto alla evizione parziale, [3] essa dà luogo alla garantia per quanto piccola sia la parte evitta, e quantunque sia minore della vigesima parte da non dar luogo perciò neppure a diminuzione di prezzo nella ipotesi della mancanza di quantità (arg. *a contr.* art. 1492). [4]

Il compratore che soffre una evizione parziale ha la scelta di dimandare il rimborso del valore della parte evitta o lo scioglimento del contratto di vendita, se quella sia relativamente al tutto di tale entità da doversi presumere che il compratore non avrebbe comprato il tutto senza questa parte (art. 1492). [5] Ove la parte evitta non sia di tale entità, il compratore che ne ha sofferto l'evizione, non può dimandare che la indennità.

Il valore da rimborsarsi dal venditore al compratore (sia che potendo preferisca la dimanda del valore a quella dello scioglimento del contratto, sia che non possa promuovere che la prima dimanda) si determina secondo la stima al tempo dell'evizione, e non in proporzione del prezzo totale della vendita (art. 1493). [6] Nulla rileva che la cosa venduta sia aumentata o

---

[1] Merlin, Rép. v° Dépens, n. 8; Troplong, I, 500; Duvergier, I, 364; Aubry e Rau, III, 268.

[2] Duvergier, Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Fra i casi di vendita parziale debbono annoverarsi le perdite dei diritti di godimento sofferti innanzi tempo, come se ti avessi conceduto l'usufrutto per venti anni e ti venisse evitto dopo dieci.

[4] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 380; Marcadé, art. 1626-1629, II.

[5] Leg. 57 princ. in medio, D. de contr. empt. XVIII, 1.

[6] Leg. 1, D. de evict.

diminuita di valore dal giorno del contratto a quello della evizione (art. cit.); quindi per esempio, se il fondo fu venduto per centomila lire, e nel tempo della evizione valga o centoventi o ottantamila, e la parte evitta sia un quarto, il compratore avrà diritto al rimborso di trentamila nel primo caso, e di ventimila nel secondo e non già di venticinquemila. [1] Non rileva neppure che sia evitta una parte materialmente determinata, o una quota indivisa della cosa venduta, non facendo la legge alcuna distinzione (art. 1493). [2]

Inoltre il venditore è tenuto verso il compratore anche nel caso di evizione parziale al risarcimento dei danni, come nella evizione totale e giusta le regole esposte intorno a questa, congruamente applicate; [3] così gli dovrà restituire una parte proporzionale di frutti e rimborsarlo di una parte proporzionale delle spese e dei legittimi pagamenti fatti pel contratto; delle spese fatte per la denunzia della lite e in conseguenza della dimanda principale (art. 1486), e per le riparazioni e i miglioramenti della parte colpita di evizione; e finalmente delle spese voluttuarie fatte in questa, se fu di mala fede (art. 1491).

243. Tali sono le cause di evizione, e tali gli effetti delle obbligazioni della garantia che deve prestarsi per causa di essa giusta le disposizioni legislative.

Ma i contraenti mediante patti speciali possono alle cause di evizione stabilite dalla legge, aggiungerne altre (arg. art. 1483)

---

[1] Il compianto Troplong, censura vivamente la disposizione dell'articolo 1637 del Codice napoleonico (identico all'articolo 1493 del Codice patrio), in quanto non dà diritto al compratore che ad una parte proporzionale del valore che la cosa ha nel tempo della evizione, benchè questo valore sia diminuito, stabilendo così una differenza fra l'evizione totale, e l'evizione parziale; ed anche quelli che si studiano di giustificarla, considerato che la vendita nel primo caso si risolve, nel secondo continua a sussistere, riconoscono che sarebbe stato più logico l'applicare alla evizione di una parte, specialmente se intellettuale, il principio adottato per la evizione totale.

[2] Duvergier, I, 374; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 381; *contro* Delvincourt, III, 149; Duranton, XV, 300.

[3] Vedi num. preced.

che diano luogo alla obbligazione della garantía; come se per esempio, pattuissero che la garantía debba essere prestata anche per l'evízione che proceda dal fatto del principe o da altro caso di forza maggiore.

Molto più possono accrescere l'effetto della evizione medesima; per esempio il venditore di buona fede può obbligarsi a rimborsare il compratore anche delle spese voluttuarie (articolo 1483). Ma per estendere l'obbligazione della garantía sono necessarie delle clausole speciali e formali; perocchè le clausole di stile che contengono promesse vaghe e generali di garantire il compratore da ogni turbativa, molestia ecc. lasciano le parti sotto l'impero delle regole di diritto comune.[1] Le garantíe maggiori stabilite dalle parti con patti particolari sogliono chiamarsi garantíe *di fatto;* per distinguerle da quelle stabilite dalla legge e che si chiamano garantíe *di diritto.*

Viceversa le parti possono ancora limitare le cause per cui debba farsi luogo alla garantía per la evizione, e possono eziandio restringerne gli effetti; così possono pattuire che il venditore non debba esser tenuto alla garantía, se non per la evizione proveniente dal fatto suo; o che non debba rimborsare al compratore le spese dei miglioramenti, sebbene non possa ripeterle dal proprietario che rivendica la cosa (art. 1483-1484).[2]

Se poi il compratore ha evitato l'evízione del fondo mediante il pagamento di una somma di danaro, il venditore può liberarsi da tutte le conseguenze della garantía; rimborsandolo della somma pagata, degl'interessi e di tutte le spese (art. 1496). Di questa facoltà si varrà al certo il venditore, quando altrimenti la garantía l'obbligherebbe a maggiori prestazioni.

244. Il diritto del compratore di agire contro il venditore o altre persone per la garantía dell'evizione che soffra, gli conferisce la facoltà di respingere l'azione con cui quegli che è tenuto alla garantía mira ad evincergli la cosa comprata

---

[1] Consulta Troplong, I, 465 e seg.; Marcadé, art. 1626-1629, V.

[2] Consulta Leg. 56 princ. D. de evict. XXI, 2; Leg. 11, § 18 princ. de act. empt. vend. XIX, 1; Leg. 23 in medio, D. de reg. iur. L, 17.

giusta la regola spesso enunciata: *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio;* essendo assurdo che possa evincere quegli stesso che deve garantire l' evizione. Quindi se io ho venduto una cosa altrui, e il vero proprietario divenga mio erede puro e semplice, questi non può agire contro di te per rivendicare quella cosa come proprietario, perchè come erede deve garantirti l'evizione; confondendosi in esso le due qualità. La contraria decisione però dovrà essere applicata, ove egli abbia accettato la eredità col benefizio d'inventario. [1] Anzi non può agire contro di te neppure il vero proprietario al quale io abbia donato tutti i miei beni presenti; inquantochè non s'intende donata l'universalità di questi beni che con il peso dei debiti, e perciò anche con l'obbligazione di prestare la garantía. [2] Le stesse decisioni sono applicabili al caso in cui un tutore abbia venduto come sua una cosa del minore e questi ne sia erede puro e semplice o donatario di tutti i beni; [3] e nel caso che la vendita dei beni del minore sia annullabile per difetto di forma, senza distinguere se questo difetto sia o no imputabile eziandio al compratore; però nel primo caso l'obbligazione della garantía sarebbe limitata alla restituzione del prezzo. [4] Infine non possono evincere nè il fideiussore del venditore nè i suoi eredi; nulla rileva che quegli o questi fossero proprietari della cosa nel tempo della vendita, o lo siano divenuti posteriormente. [5]

245. L'obbligazione della garantía può cessare in tutto e in parte. Cessa in tutto, quando il venditore non deve nè restituire il prezzo nè risarcire i danni al compratore; cessa in parte quando il venditore è tenuto soltanto a restituire il prezzo e non a risarcire i danni al medesimo compratore.

---

[1] Vedi Troplong, I, 447; Duvergier, I, 350; Marcadé, VII, art. 1626-1629, VII.

[2] La regola che *universitas patrimonii, non certarum rerum alienum onus est,* è bene applicabile a questa ipotesi; Duranton, VIII, 472; Vazeille, art. 9451; Marcadé, art. 1626-1629, VII; *contro* Troplong, I, 448; Duvergier, I, 349.

[3] Troplong, I, 546; Duvergier, I, 351; Marcadé, VII, art. 1626-1629.

[4] Marcadé, loc. cit.; *contro* Troplong e Duvergier, loc. cit.

[5] Vedi Troplong, I, 462; Duvergier, I, 353; Marcadé, loc. cit.

L'obbligazione della garantía cessa in tutto nei seguenti casi, cioè:

1° Quando il compratore consapevole del pericolo dell'evizione all'atto della vendita, abbia rinunziato al diritto della garantía, o in altri termini abbia stipulato la esclusione di questa (art. 1485). Queste due condizioni, cioè: *a)* la conoscenza del pericolo della evizione da parte del compratore; *b)* l'esenzione della garantía a favore del venditore, debbono concorrere insieme. Non basta quindi la dichiarazione dei pesi fatta dal venditore al compratore, per esimere quello dal prestare qualsiasi garantía; [1]

2° Quando il compratore abbia comprato a suo rischio e pericolo; perocchè in questo caso, oggetto della vendita non è propriamente la cosa, ma le pretese, i diritti quantunque eventualissimi che il venditore abbia o possa avere sulla medesima; per modo che questi soddisfa esattamente la sua obbligazione, trasmettendo al compratore quelle sue pretese, quei suoi possibili diritti (art. 1485). E dacchè la esenzione della garantía è inerente al contratto per ragione della cosa che ne forma l'obbietto *(in re ipsa)*, non si richiede stipulazione di sorta che esoneri il venditore; [2]

3° Quando la evizione avvenga per colpa del compratore; come quando per esempio, si faccia condannare e lasci passare la sentenza in cosa giudicata, senza aver chiamato in giudizio il venditore; e questi provi che vi erano motivi sufficienti per fare respingere la domanda (art. 1497);

4° Quando sia formalmente pattuito che il venditore non sia tenuto nè alla garantía in genere, nè alla restituzione del prezzo (art. e arg. art. 1483). [3]

Cessa poi in parte, ossia per il solo risarcimento dei danni la obbligazione della garantía per causa di evizione nei seguenti casi, cioè:

---

[1] Vedi Troplong, I, 473; Duvergier, I, 341; Marcadé, art. 1626-1629, VI; consulta C. C. Napoli, 9 gennaio 1869, A. III, 1, 223.

[2] Duranton, XVI, 362; Troplong, I, 417; Duvergier, I, 339; Marcadé, loc. cit.

[3] Marcadé, loc. cit.

1° Quando sia stata stipulata la esclusione della garantía (art. 1485); in questo caso il venditore resta obbligato alla restituzione del prezzo, che altrimenti riterrebbe *sine causa;* poichè lo ricevette e gli fu pagato dal compratore, come equivalente della cosa venduta e comprata; è però necessario che il compratore non fosse consapevole del pericolo dell' evizione perchè allora il venditore non sarebbe tenuto neppure alla restituzione del prezzo, come or ora si diceva. Ma l'anzidetta stipulazione non è efficace ad esonerare il venditore dalla garantía per causa di evizione che procedesse dal fatto proprio di lui; perchè altrimenti si favorirebbe il dolo e la frode coi vantaggi che egli ritrarrebbe da tale esenzione (art. 1484). Deve considerarsi come risultante dal fatto del venditore l' evizione che avesse luogo per effetto dell'annullamento o della rescissione del suo titolo pronunziata per causa di dolo, di violenza o di lesione, o che avesse luogo per una vendita da lui fatta anteriormente o per ipoteche da lui medesimo concedute sul fondo venduto. Al contrario non deve considerarsi come risultante dal fatto del venditore l'evizione che procede dal fatto di una persona, della quale raccolga l'eredità. [1] È indifferente per regola che il fatto del venditore sia anteriore o posteriore alla vendita. Tuttavia se il patto esima il venditore dalla garantía per l'evizione che risultasse da un fatto suo anteriore alla vendita, e formalmente dichiarato al compratore, esso è riconosciuto per valido (arg. art. 1435); [2]

2° Quando il compratore abbia conosciuto il pericolo dell' evizione nel giorno della vendita (arg. art. 1459 cong. art. 1485). [3] Nulla rileva, almeno in generale, che il compratore

---

[1] Troplong, I, 474 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 382 testo e nota 43.

[2] Non osta la disposizione finale dell' articolo 1484 che dice: *qualunque convenzione in contrario è nulla;* perocchè essa, come quell' articolo 1628 del Codice napoleonico da cui è stata copiata, è redatta in forma troppo assoluta (Troplong, I, 477; Duvergier, I, 337; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. testo e nota 45; Marcadé, art. 1626-1629, VI).

[3] Troplong, I, 231; Duvergier, I, 218; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, articoli 1626-1629.

sia stato avvisato dal venditore del pericolo dell'evizione, e che ne avesse avuto conoscenza con altro mezzo; [1] nè ci sembra che a questo riguardo si debba distinguere se l'evizione proceda da ipoteche concesse sul fondo dal venditore, o dal precedente proprietario, [2] o da altra causa. Nulla rileva del pari che il venditore ignorasse o conoscesse anch'esso il pericolo dell'evizione, senza aver peraltro stipulata la esenzione della garantía, perchè allora questi non dovrebbe neppure restituire il prezzo, siccome or ora si diceva. Al contrario il venditore è tenuto non solo alla restituzione del prezzo, ma eziandio al risarcimento de' danni, se conoscendo il pericolo dell'evizione, ha nondimeno promesso la garantía; perocchè non può non riconoscersi che abbia promesso la garantía, in vista appunto di quel pericolo. [3] Le due condizioni però, cioè la conoscenza del pericolo e la promessa della garantía debbono concorrere insieme, e ove l'una o l'altra manchi il venditore non è tenuto al risarcimento de' danni.

246. Se sia stato venduto un fondo con delle servitù attive, il compratore che venga privato dell'esercizio di esse ha diritto ad un'indennità contro il venditore (art. 1495 cong. coll'art. 1225).

Se poi il compratore deve tollerare l'esercizio di servitù non apparenti, che non gli siano state dichiarate dal venditore (art. 1493) o che non gli erano altrimenti note (arg. art. 1485), [4] egli ha la scelta di domandare l'indennità o lo scioglimento del contratto, se la servitù sia di tale entità da far presumere che, ove ne fosse stato avvertito non avrebbe comprato il fondo

---

[1] Troplong, I, 418; Duvergier, I, 328; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 383.

[2] Pothier, n. 188; Merlin, Rép. v° Garantie, § 7, n. 2; Marcadé, VI, 1626-29; *contro* Troplong, I, 418, che esige la dichiarazione formale delle ipoteche concesse dal venditore; Duvergier, I, 219; Aubry e Rau, loc. cit. testo e pag. 50, che lo esige eziandio rispetto alle ipoteche concesse da un precedente proprietario.

[3] Vedi Merlin, Rép. v° Garantie, § 7, n. 2; Duranton, XVI, 264; Troplong, I, 468 e 469; Aubry e Rau, IV, § 355, pag. 384; Marcadé, VI, art. 1626-1629.

[4] Non videtur esse celatus qui scit, neque certiorari debuit qui non ignoravit (Leg. 1, § 1, D. de act. empt. vend.).

(art. 1494); se la servitù non sia di tale entità non ha diritto che ad indennità (arg. art. cit.).

L'indennità consiste nel valore della servitù attiva mancante, e della servitù passiva esistente, determinato secondo la stima al tempo dell'evizione e non in proporzione del prezzo totale della vendita (arg. art. 1494).[1]

Al contrario il compratore non ha diritto ad alcuna indennità per l'esistenza di servitù apparenti o di servitù imposte dalla legge; inquantochè si reputa, che le abbia conosciute, o deve imputare a se stesso di averle ignorate (art. 1494).

Ma le parti, anche in questa specie di evizione possono con patti particolari modificare le regole di diritto.[2]

247. Il venditore è tenuto pure a garantire la cosa venduta dai vizi o difetti occulti che la rendono non atta all'uso cui è destinata, o che ne diminuiscono l'uso in modo che se il compratore gli avesse conosciuti, o non l'avrebbe comprata o avrebbe offerto un prezzo minore (art. 1498).[3] Questi vizi o difetti sogliono chiamarsi *redibitori*, inquantochè per essi il compratore ha la facoltà di redimersi dal contratto.

Perchè il venditore sia tenuto a garantia per questa causa, debbono concorrere queste due condizioni, cioè:

1° Deve trattarsi di vizi o difetti occulti. Al contrario il venditore non è garante dei vizi e difetti apparenti, dei vizi cioè e dei difetti che il compratore avrebbe potuto da se stesso conoscere, con attento esame della cosa che comprava (art. 1499);[4] se non li conobbe, imputi a sè di essere stato malaccorto contraente, o di aver contrattato da solo, quando non erane sufficientemente esperto. Quindi per esempio, il venditore non è

---

[1] Duvergier, I, 381; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 385.

[2] Sul valore e l'interpretazione di questa specie di patti, che danno luogo a molte e gravi quistioni, consulta Leg. 39, D. de act. empt. vend. XIX, 1; Duranton, XV, 302; Troplong, I, 527 e seg.; Duvergier, I, 379.

[3] Consulta Dig. Lib. XXI, Tit. 1, de aedil. edict. per totum; e specialmente Leg. 1, § 8 princ. e Leg. 7 princ. D. eod.

[4] Leg. 10, § 14, D. eod.; consulta C. C. Napoli, 23 marzo 1867, G. XIX, 1, 192; C. C. Napoli, 9 gennaio 1869, A. III, 1, 223.

tenuto a garantía, per essere alla seta miste sostanze filamentose di diversa natura; costituendo tal mistura un vizio apparente. [1] Ma è indifferente che al venditore fossero noti o no i vizi e difetti della cosa venduta (art. 1500); [2] salva la diversa importanza della sua risponsabilità;

2° I vizi o difetti occulti debbono esser tali da rendere la cosa inetta all'uso cui è destinata, o da diminuirlo notevolmente; se quindi per essi la cosa fosse solamente meno eccellente, meno bella, meno aggradevole, il venditore non sarebbe tenuto a veruna garantía.

Ove poi si tratti di vendite degli animali, si richiede ancora che questi siano infetti dai vizi determinati dalla legge o da usi locali (art. 1505 alinea ult.).

In ogni caso, il venditore non è responsabile che dei vizi e difetti occulti che esistevano nel tempo in cui fu contratta la vendita. La loro esistenza in questo tempo deve esser provata dal compratore, quantunque i vizi e difetti si manifestino entro i termini stabiliti dalla legge o dagli usi locali per l'esercizio dell'azione redibitoria, o della *quanti minoris*, non essendo in tale ipotesi stabilita dalla legge presunzione veruna sulla loro esistenza nel giorno in cui fu fatta la vendita. [3]

Resta da notare che conviene guardarsi di non confondere i vizi e i difetti di una cosa con la mancanza che patisca di alcune qualità; per esempio, non può dirsi che abbia vizio o difetto un quadro, solo perchè non è opera dell'autore di cui porta il nome; o una pariglia di cavalli, per avere il manto di un colore diverso dall'indicato. Il venditore non è responsabile della mancanza delle qualità; eccettochè esse o per natura loro o per convenzione espressa o tacita siano sostanziali, come se il quadro siasi venduto per opera di Raffaello, e di lui non sia, o il colore del manto della pariglia fu per tale

---

[1] Torino, 27 ottobre 1868, A. II, 2, 552.

[2] Leg. 1, § 2, D. eod.

[3] Marcadé, art. 1647-1649, III; *contro* Duranton, XVI, 314; Troplong, II, 569; Duvergier, I, 403; Aubry e Rau, IV, § 355 bis, pag. 388.

considerata; in questi e in altri simili casi il compratore potrà dimandare la nullità della vendita per errore (art. 1110). [1]

248. La garantía per vizi e difetti occulti della cosa venduta non ha luogo nelle vendite giudiziali, cioè che non possono farsi, se non con l'autorità del giudice (art. 1506).

Nelle altre vendite si fa luogo a questa risponsabilità tanto se abbiano per oggetto cose mobili o semoventi, quanto se oggetto ne siano beni immobili (art. 1535). Quindi sono risponsabile verso di te del difetto, che abbia l'orologio che ti ho venduto, di segnare inesattamente le ore, o peggio ancora di fermarsi; del cavallo vendutoti e che soffre di bolsedine; della sorgente d'acqua vendutati per l'irrigazione de' tuoi prati, e che alla prova si riconosce nociva alla vegetazione; e dell'area vendutati per costruirvi un edifizio, e il suolo, allo scavo delle fondamenta, si riconosce cavernoso e pregno d'acqua; sicchè non può sostenere la fabbrica. [2]

249. Quando la cosa venduta sia infetta da vizi o difetti redibitori, il compratore ha la scelta di mantenere o di fare sciogliere il contratto. Se presceglie di mantenere il contratto, egli ritiene la cosa ed ha la facoltà di dimandare la restituzione di una parte di prezzo, la quale deve determinarsi dall'autorità giudiziaria (art. 1501); [3] questa dimanda suole chiamarsi *actio aestimatoria* o *quanti minoris*. Se poi presceglie di fare sciogliere il contratto, deve da una parte restituire la cosa; dall'altra ha il diritto di chiedere la restituzione del prezzo con gl'interessi dal giorno che lo pagò (art. 1501) e di farsi rimborsare delle spese fatte per causa della vendita (art. 1503). L'azione che è a ciò intesa, chiamasi *actio redhibitoria*.

---

[1] Vedi sopra n. 11; Troplong, II, 555; Duvergier, I, 390; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 387; Mourlon, III, 609.; C. C. Napoli, 13 maggio 1869, A. III, 1, 166.

[2] Leg. 1 e 63, § 2, D. de aedil. edict. XXI, 2; Troplong, II, 548; Duvergier, I, 306; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 388.

[3] Leg. 25, § 1 princ. D. except. rei iud. XLIV, 2. — È presupposto che il compratore abbia ricevuto la cosa e pagato il prezzo, se no, avrebbe diritto di farsi consegnare la cosa e di pagare il prezzo, detratta la proporzionale parte di prezzo.

Inoltre il compratore, se sceglie la risoluzione del contratto, ha diritto al risarcimento dei danni quando il venditore conosceva i vizi e difetti della cosa o avrebbe dovuto conoscerli per ragione della sua professione, essendo colpa l'imperizia dell'arte propria, [1] altrimenti no (art. 1502): [2] all'infuora di quest'ultimo caso, non v'ha colpa nell'ignoranza dei vizi e difetti occulti. Se poi il venditore ignorava i vizi della cosa, il compratore non può oltre alla restituzione del prezzo, pretendere da lui che le spese fatte per causa della vendita (art. 1503). Ma dal canto suo il compratore che ha scelto lo scioglimento del contratto, è obbligato di restituire o di compensare al venditore il valore dei prodotti della cosa o del benefizio ritratto dall'uso della medesima. [3]

Il compratore che abbia primamente promosso l'azione redibitoria, può abbandonarla e intentare l'azione *quanti minoris* e viceversa. Ma rigettata l'una delle due, non può essere promossa l'altra, ostandovi la cosa giudicata. [4]

L'azione redibitoria o la *quanti minoris* deve proporsi dal compratore, se si tratta d'immobili entro un anno dalla consegna (art. 1505); senza aver riguardo agli usi locali che stabilissero maggiori o minori termini, inquantochè non sono stati riconosciuti dalla legge civile (arg. *a contr.* art. 1505 alinea 1° in fine). Ove poi si tratti di animali, le azioni medesime debbono essere sperimentate fra quaranta giorni, parimente dalla consegna; [5] salvo che da usi particolari sieno stabiliti maggiori o minori ter-

---

[1] Unusquisque peritus esse debet artis suae (arg. Leg. 19, § 1, D. loc. cond. XIX, 2 : vedi Duranton, XVI, 322 e 323; Troplong, II, 574 ; Duvergier, I, 412; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 389).

[2] Leg. 1, C. de aedil. edict. IV, 58.

[3] Vedi Duranton, XVI, 324 ; Troplong, II, 533; Duvergier, I, 410; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Con perfetta ragione, a mio avviso, la Corte di Casale decise che il termine della redibitoria nella vendita del seme di bachi, incomincia a decorrere nei congrui casi o dalla nascita di essi o dalla formazione dei bozzoli (15 giugno 1868, B. XX, 2, 554).

mini (art. e alinea cit.).[1] Infine, se trattisi di altri effetti mobili, debbono le medesime azioni promuoversi entro tre mesi, computati sempre dalla consegna, salvo che da usi particolari sieno stabiliti maggiori o minori termini (art. 1505 alinea 1°). Trascorsi questi termini, non possono i detti vizi e difetti opporsi neppure in via d'eccezione al venditore che dimandi il prezzo della cosa venduta; senza che valga in contrario la massima: *temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*[2]

250. L'obbligazione del venditore di garantire la cosa venduta per i vizi o difetti di cui sia infetta, cessa in questi tre casi, cioè:

1° Quando sia stata stipulata la esclusione della garantía, semprechè il venditore avesse ignorato i vizi; perchè altrimenti sarebbe tenuto alla garantía nonostante siffatta stipulazione (art. 1500).[3] Ma se il venditore abbia dichiarato formalmente che la cosa era infetta dal tale vizio, e nulladimeno il compratore ha stipulato la esenzione della garantía a favore di lui, l'obbligazione della garantía cessa in modo assoluto;[4]

2° Quando il compratore prima del contratto abbia conosciuto con qualsiasi mezzo i vizi o difetti della cosa che comprava; perocchè non sarebbero più occulti, almeno per lui (arg. art. 1498). La cognizione del vizio della cosa può esser dedotta anche dalla viltà del prezzo, per cui il compratore l'ha acquistata.[5] Ma il dubbio o il sospetto sulla esistenza de' medesimi non può pareggiarsi alla conoscenza degli stessi; trattandosi della rinunzia ad un diritto che può essere non lievemente dannosa, e dovendosi presumere che il compratore abbia acquistato la cosa nella speranza che il vizio sospettato non vi esistesse, piuttostochè nel timore che ne fosse infetta. Non può poi opporsi al compratore la conoscenza che avrà avuto del vizio, quando abbia formalmente stipulato la garantía per causa

---

[1] C. C. Firenze, 25 maggio 1868, B. XX, 1, 524.
[2] C. C. Firenze cit.
[3] Leg. 1, § 3, D. eod.
[4] Marcadé, art. 1641-1649, I.
[5] Torino, 27 ottobre 1868, A. II, 2, 552.

del medesimo; essendo da una parte perfettamente lecita questa stipulazione, e potendo dall' altra avere sperato il compratore di liberarne la cosa, o che il vizio non gl' impedisse di far uso di questa; [1]

3° Quando la cosa infetta da vizi o da difetti sia perita per caso fortuito (art. 1504 alinea)[2] o per colpa del compratore.[3] Ma se sia perita in conseguenza de' suoi vizi o difetti, il perimento sta a carico del venditore, il quale perciò rimane obbligato verso il compratore per la restituzione del prezzo, e per le altre indennità, giusta le regole superiormente esposte (art. 1504).

251. Passiamo ora alle obbligazioni del compratore. Esse sono due, cioè quella di ricevere la cosa comprata che gli viene consegnata e, ove ne sia il caso, di trasportarla, e quella di pagarne il prezzo.

Il compratore è tenuto a ricevere la cosa comprata che gli viene consegnata e di trasportarla nel termine stabilito dalla convenzione o dall'uso (art. 1124); e in mancanza di questo termine, immediatamente dopo la vendita; salvo però sempre quel tempo indeclinabilmente necessario per eseguire questa obbligazione (art. 1173).

Se il compratore manca a questa obbligazione, il venditore può, a termini del diritto comune costringervelo; offerendo all'uopo e depositando i mobili venduti. Ha pur diritto di do-

---

[1] Consulta su queste diverse proposizioni, Leg. 4, § 5, D. de dol. et met. except. XLIV, 4; Duranton, XVI, 311; Duvergier, I, 401; Aubry e Rau, IV, § 355 bis, pag. 390 testo e nota 21; Marcadé, I, art. 1641, 1649.

[2] In diritto romano, conformemente all'equità ed ai principî generali di diritto, l'azione redibitoria era ammessa anche quando la cosa era perita per caso fortuito (Leg. 47, § 1; Leg. 31, § 11, D. de aedil. edict. XXI, 1). Il patrio legislatore ha desunto la contraria disposizione del Codice napoleonico, sebbene aspramente censurata dagl'interpreti di questo, anche perchè è fondata sopra una falsa applicazione del principio: *res perit Domino* (Consulta Duranton, XVI, 326; Duvergier, I, 414; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. nota 22).

[3] Duranton, XVI, 326; Duvergier, I, 414; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, III, art. 1641-1649; Mourlon, III, 610; *contro* Troplong, II, 568.

mandargli il risarcimento dei danni; per esempio, il fitto maggiore che abbia dovuto pagare per la locazione protratta del magazzino altrui nel quale si trovano depositate le cose vendute, o il valore dell' uso del magazzino proprio. Infine ha diritto al rimborso delle spese fatte per la conservazione della cosa venduta dopo la stipulazione del contratto; per esempio le spese di riparazione e di cura degli animali. [1]

In luogo poi d'insistere pel mantenimento del contratto, il venditore ha la facoltà di dimandarne lo scioglimento giusta i principî generali di diritto (art. 1165). [2] Questa facoltà gli appartiene tanto se oggetto della vendita sono cose mobili, quanto se immobili; [3] salvi nel secondo caso i diritti acquistati da terzi sopra i medesimi anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione (art. 1511). Anzi, se il termine per la consegna di una cosa mobile sia stato stabilito dalla convenzione, e entro questo termine il compratore non siasi presentato per riceverla; lo scioglimento della vendita, ha luogo di diritto nell'interesse del venditore per solo effetto della scadenza del termine (art. 1512), [4] tale presumendosi la intenzione delle parti. È ben inteso che ciò avrà luogo ove il venditore intenda di valersi di questo benefizio; potendo altrimenti anco in questo caso, insistere per la esecuzione del contratto (arg. art. 1165

[1] Consulta intorno a queste diverse proposizioni Leg. 13, § 22, D. de act. empt. vend.; Leg. 16, C. eod.; Duranton, XVI, 333; Troplong, II, 675, 683 e seg.; Duvergier, I, 468 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 395 e seg.; Marcadé, I, art. 1657.

[2] Consulta Napoli, 27 maggio 1867, A. II, 1, 50; Firenze, 27 dicembre 1868, A. II, 2, 648.

[3] Marcadé, art. 1657.

[4] La disposizione del citato articolo 1512, non può esser estesa al caso, in cui non sia stato stabilito il termine per la consegna (Duranton, XVI, 383; Aubry e Rau, IV, § 356, pag. 395 testo e nota 3; Larombière, Des obligations, II, art. 1184, n. 50; Demolombe, XXV, 545. Consulta pure Marcadé, II, art. 1657 *contro* Troplong, II, 679; Duvergier, I, 474; C. C. Torino 5 giugno 1867, B. XIX, 1, 1416; Napoli, 27 maggio 1867, A. II, 2, 50; Firenze, 27 dicembre cit.; C. C. Palermo, 17 luglio 1869, B. XXI, 1, 450).

alinea).[1] Ma al contrario, ove il termine non sia stato stabilito dalla convenzione, non basta l'intimazione a fare che la vendita si sciolga di diritto alla scadenza del termine stabilito in seguito a tale atto d'intimazione (art. e arg. art. 1165). È superfluo di notare che il venditore non può dimandare la risoluzione della vendita, se espressamente o tacitamente vi abbia rinunziato.[2]

252. In secondo luogo il compratore è tenuto a pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati nel contratto di vendita, e ove in questo non si è stabilito nulla in proposito, nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la tradizione (art. 1507 e 1508). Ove poi sia stata accordata una dilazione al pagamento del prezzo, questo deve eseguirsi nel domicilio del compratore, giusta il principio stabilito dall'articolo 1249.[3] Ma il compratore non potrà valersi di questo benefizio nel caso in cui il venditore che non ha accordato alcuna dilazione al pagamento, non esiga per compiacenza il prezzo nell'atto che consegna la cosa; non dovendosi presumere che abbia voluto rinunziare eziandio al diritto a lui accordato dagli articoli 1507 e 1508.[4]

Il compratore deve pagare il prezzo, quantunque il venditore non possa più fargli la consegna della cosa, per esser questa perita per caso fortuito; perocchè egli come debitore di cosa determinata, rimane liberato dalla sua obbligazione; senza che con questa si estingua quella del compratore di pagare il prezzo (art. 1298). Ma se sia perita per colpa del venditore, questi non solo non può dimandare il prezzo; non

---

[1] Delvincourt, art. 1657; Aubry e Rau, loc. cit.; Troplong, II, 681 e seg.

[2] Vedi Firenze, 7 settembre 1867, A. II, 2, 156; Napoli, 16 marzo 1868, II, 2, 257; C. C. Napoli, 16 giugno 1868, A. II, 1, 391.

[3] Vedi sopra n. 107; Duranton, XVI, 331; Aubry e Rau, IV, § 356, pag. 396; Duvergier, I, 417; Marcadé, art. 1650-1652; Mourlon, III, 614. L'eccezione finale del citato articolo 1249, *salvo ciò che è stabilito dall'articolo* 1508 non riguarda che l'ipotesi che il pagamento del prezzo debba farsi contemporaneamente alla tradizione, come fanno palese i termini del detto articolo.

[4] Duranton, Aubry e Rau, Marcadé, loc. cit.; *contro* Duvergier, loc. cit.

essendomi lecito di chiedere a te l'adempimento della tua obbligazione, mentre io mi sono posto nella impossibilità di soddisfare la mia, ma è tenuto anche a risarcirgli i danni che può aver sofferto per la distruzione della medesima. Del pari alla dimanda del prezzo, può il compratore opporre la mancata consegna di tutta la casa, o di parte di essa, o anche de' suoi accessori, per esempio, degl'infissi destinati al perpetuo uso del fondo venduto.[1]

Il compratore però che sia o che abbia ragione di temere di essere molestato con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo; fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, o gli presti cauzione per la restituzione del prezzo medesimo (art. 1510).[2] La cauzione non può esser pretesa dal compratore per altre indennità che possano essergli eventualmente dovute. Anzi non può pretenderla neppure pel primo obbietto, se il venditore non gli richiegga il prezzo (arg. art. cit.). Appartiene del resto al giudice di decidere se v'abbia veramente timore di molestie, considerati i fatti addotti dal compratore. Non è neppure da notarsi che ove il venditore acquistando dal vero proprietario la cosa venduta, faccia cessare ogni timore di molestia contro il compratore, questi non possa più sospendere il pagamento del prezzo.[3]

Restano poi fermi i principî della garantía per caso di effettiva molestia, e dell'annullamento pel caso che la cosa venduta non fosse del venditore.

La facoltà di sospendere il pagamento del prezzo non appartiene al compratore, *a*) quando siasi convenuto che egli lo pagherà, nonostante qualunque molestia (art. 1510), *b*) quando conoscendo il pericolo di evizione ha promesso nondimeno di pagarlo entro un termine;[4] *c*) quando egli non avrebbe diritto a restituzione del prezzo per l'evizione della cosa comprata,

---

[1] C. C. Torino 21 marzo 1866. A. I, 1, 28.
[2] Consulta C. C. Torino, 21 marzo cit.; Parma, 17 aprile 1866, B. XVIII, 2, 158.
[3] Casale, 6 marzo 1866, B. XVIII, 2, 72.
[4] Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. e le varie sentenze che citano.

giusta la relativa disposizione dell'articolo 1485. Molto meno il compratore che non ha pagato il prezzo, potrà ripeterlo pel pretesto che vi ha ragione di temere l'evizione della cosa acquistata. È indifferente che il prezzo sia stato pagato al venditore medesimo, o consegnato in deposito al notaio che rogò l'atto di vendita, sino al compimento delle formalità di trascrizione o di liberazione delle ipoteche.[1]

Il prezzo dovuto dal compratore produce interessi in due casi. Primieramente quando siano stati formalmente convenuti, essendo una tale convenzione perfettamente valida. Tanto pel tasso degl'interessi, quanto pel tempo da cui debbono incominciare a decorrere, e per le altre modalità del pagamento, deve seguirsi la convenzione medesima. In mancanza di convenzione, deve reputarsi che siano stati convenuti gl'interessi legali, e che questi si debbano dal giorno della vendita; perchè da questo giorno il venditore diviene creditore del prezzo. Anco rispetto alle altre modalità del pagamento debbono seguirsi le regole di diritto comune.[2]

Secondariamente il compratore deve gl'interessi del prezzo non pagato, quando la cosa venduta produca frutti o altri proventi (art. 1509). Li deve quand'anche non sia in mora, cioè durante la dilazione accordatagli pel pagamento dal venditore (art. cit.).[3] Li deve dal giorno della consegna della cosa; perchè da questo giorno egli incomincia a raccogliere i frutti, in compenso de'quali i medesimi sono dovuti.[4] E li deve da questo giorno, anche quando gli sia stata accordata una dilazione al pagamento, essendo generale ed assoluta la disposizione

---

[1] Consulta Troplong, II, 614; Duvergier, I, 430; Taulier, VI, pag. 114; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 397-398.

[2] Aubry e Rau, III, 283; Marcadé, II, art. 1650-1652.

[3] Con questa disposizione il legislatore patrio ha risoluto la quistione agitata nell'antica giurisprudenza e non finita ancora nel diritto francese; se i frutti del prezzo fossero dovuti durante la dilazione accordata pel pagamento del medesimo (Consulta Duranton, XVI, 340; Troplong, II, 599; Duvergier, I, 420; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 398 testo e nota 21).

[4] Consulta C. C. Napoli, 29 aprile 1869, A. III, 1, 218.

di legge (art. 1509). La decorrenza di quest'interessi cessa col pagamento del prezzo: non basta ad arrestarla nè il sequestro fatto, nè la necessità di ritenerlo a disposizione dei creditori aventi ipoteca sul fondo venduto; nè la esistenza di una molestia o del pericolo di questa, e la conseguente facoltà del compratore di sospendere il pagamento.[1] Ma il compratore può far cessare gl'interessi anche in queste ipotesi, depositando il prezzo che non può pagare al venditore, perchè altrimenti sarebbe ingiusto di costringerlo a pagare gl'interessi del prezzo che è pronto di pagare e che non può pagare per fatto a lui non imputabile. Ove poi il compratore sia in mora nel pagamento del prezzo, egli ne deve gl'interessi che tengono il luogo dei danni, giusta le regole generali di diritto (art. 1231).[2]

253. Se il compratore non paga il prezzo, il venditore può dimandare lo scioglimento del contratto, giusta i principî generali di diritto; perciò fra le altre cose la risoluzione deve essere dimandata giudizialmente, eccettochè per fatto espresso non debba aver luogo di diritto, e il giudice può concedere al compratore medesimo una dilazione pel pagamento del prezzo (art. 1165).[3]

Questa facoltà appartiene al venditore anche nel caso in cui il compratore abbia pagato la massima parte del prezzo e non ne paghi la restante per quanto minima, perchè anche allora egli non ha adempiuto esattamente la sua obbligazione.[4]

---

[1] Consulta intorno a queste diverse proposizioni, Duranton, XVI, 340; Troplong, II, 519 e 611; Duvergier, I, 420 e seg.; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 1653; e intorno all'ultima anche Casale, 6 marzo 1866; B. X.

[2] Vedi sopra n. 95.

[3] Le controversie che intorno a questa materia si agitano nel diritto francese, a motivo dell'articolo 1656, non possono aver luogo nel diritto patrio che tale articolo non ha riprodotto (Consulta all'uopo Toullier, VI, 557 e 568; Troplong, II, 668; Larombière, II, art. 1180, n. 60; Aubry e Rau, IV, § 356, pag. 400 testo e note 30 e 31).

[4] Non considero il caso che il prezzo consista in una rendita fondiaria o vitalizia, perchè allora il contratto, come sopra fu notato, non è vendita, ma

Se il venditore sia rappresentato da più eredi o da più cessionari, il compratore convenuto da uno di essi per lo scioglimento parziale del contratto per non aver pagato il prezzo, può pretendere l'intervento in causa di tutti gli altri, affinchè concordino tra loro per lo scioglimento totale del medesimo; in caso contrario egli dev' essere assoluto dalla domanda (arg. art. 1525 e 1537). [1] Tuttavia è accordata all' attore la facoltà di fare sciogliere per intero il contratto, sia da solo, sia con alcuni de' suoi coeredi o cessionari (arg. art. 1525 alinea).

La facoltà di fare sciogliere la vendita per mancanza del pagamento dell'intero prezzo appartiene al venditore, siano oggetto di esso cose mobili o cose immobili (art. 1512). [2] Anzi trattandosi di vendita di cosa mobile, lo scioglimento della vendita ha luogo di diritto nell'interesse del venditore, se il

---

costituzione di rendita o vitalizio; perciò non si fa luogo propriamente a scioglimento del contratto, ma a riscatto coattivo della rendita, giusta le disposizioni degli articoli 1785, 1786 e 1788.

[1] Troplong, II, 639; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 399; *contro* Duvergier, I, 464; Larombière, Des obligations, II, art. 1884, n. 76.

[2] Già venne accennato, dice il chiarissimo Pisanelli nella sua Relazione (III, pag. 64) che la condizione risolutiva è generalmente sottointesa nelle convenzioni bilaterali; quando una delle parti non adempie alla sua obbligazione, è facoltativo all' altra di chiedere lo scioglimento del contratto. Si dubitò se questa regola dovesse applicarsi alla vendita di beni immobili, ove il compratore non paghi il prezzo. Il Codice francese, quello delle due Sicilie ed il parmense dichiarano espressamente che la vendita può, nel detto caso, essere risoluta sulla domanda del venditore. Il Codice sardo e l'estense non ammettono la condizione risolutiva tacita nel contratto di vendita d' immobili; il primo dichiara anzi nullo ogni patto in contrario, mentre il secondo lo ammette sottoponendolo a restrizione. La ragione per cui il Codice sardo e l' estense respinsero la condizione risolutiva nel caso di non pagamento del prezzo, fu quella di mantenere saldi i diritti acquistati dai terzi sugl' immobili venduti. Ma nel sistema del progetto non possono i terzi essere pregiudicati dalla risoluzione chiesta dal venditore, in adempimento delle obbligazioni assunte dal compratore, come sarà discorso nella materia della trascrizione. Nel progetto si è conseguentemente stabilito che la detta condizione risolutiva espressa o tacita si applica al contratto di vendita o di permuta di beni immobili, come a qualsiasi altro contratto, esclusi quelli espressamente eccettuati dalla legge.

compratore prima della scadenza del termine stabilito per la consegna della cosa, non offra il prezzo contemporaneamente alla dimanda della consegna; salvo che pel pagamento di questo fosse stata convenuta una maggiore dilazione (art. 1513). È però da notarsi appena che il venditore possa dimandare invece la esecuzione del contratto; giacchè lo scioglimento di esso non si opera di diritto che a favor suo. Ma la risoluzione della vendita non può nei relativi casi nè dimandarsi, nè aver effetto contro un terzo possessore di buona fede; nè a danno dei creditori aventi ipoteca sopra un fondo, in cui le cose mobili siano state incorporate e siano di tal maniera divenute accessorie del medesimo (arg. art. 1967 1°, art. 1966 cong. cogli art. 413 e 414).[1]

Quanto poi alla vendita di cose immobili, la risoluzione di essa è affatto indipendente dalla iscrizione dell'ipoteca legale accordata dalla legge al venditore, giusta la disposizione dell'articolo 1969 1°.[2] Non ha però effetto contro i terzi che abbiano acquistato diritti sulle medesime anteriormente alla trascrizione della domanda di essa (art. 1511).

Il venditore che dimanda il pagamento del prezzo, non si ritiene per rinunziante alla facoltà di fare sciogliere il contratto, benchè vi sia stata apposta la condizione risolutiva espressa.[3] Ma ove egli provochi, autorizzi o approvi la rivendita della cosa, o la concessione d'ipoteche o di servitù sulla medesima, non può dimandare la risoluzione della vendita contro i terzi, a favore dei quali questi atti sono stati fatti; non essendo punto conciliabili colla riserva del diritto di domandare

---

[1] Duvergier, I, 439; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 400, e le molte sentenze che citano; *contro* Troplong, II, 645.

[2] Consulta Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 401 testo e nota 40, e le molte sentenze che citano.

[3] Merlin, Rép. v° Option, § 1, n. 10; Troplong, II, 656; Duvergier, I, 144; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 403; Larombière, op. cit. II, art. 1184, n. 96; Demolombe, XXV, 350. — La contraria decisione del diritto romano non può essere applicata nel diritto patrio.

lo scioglimento del contratto. Nel caso però di più rivendite successive, la rinunzia fatta da uno dei precedenti venditori non nuoce al successivo, che perciò può promuovere la domanda di risoluzione. [1]

Del resto anche la risoluzione della vendita per mancato pagamento del prezzo è regolata dai principî generali che reggono la condizione risolutiva; quindi il giudice può concedere al compratore una dilazione per il pagamento del prezzo; semprechè la vendita non siasi sciolta di diritto; dall'altro canto il venditore ha diritto al risarcimento dei danni (art. 1565). [2]

Il diritto di dimandare la risoluzione della vendita di una cosa mobile od immobile per mancanza di pagamento, non si prescrive che con trent'anni, se la cosa rimanga in possesso del compratore. Se poi da questo sia stata alienata, l'azione di risoluzione non è esercibile contro il compratore di buona fede che abbia ricevuto la consegna delle cose mobili acquistate (art. 707); e si estingue col decorso di dieci anni a favore di colui che in buona fede ha acquistato beni immobili (art. 2137). Ma dura parimente trent'anni contro l'acquirente di mala fede (art. 2135). [3]

254. Resta a notare rispetto alla vendita delle cose mobili che la legge per meglio garantire i diritti del venditore e non esporlo al pericolo di perdere cosa e prezzo, gli concede, in mancanza di pagamento, il diritto di rivendicarle (art. 1513).

Il godimento di questo diritto è però subordinato a queste tre condizioni; cioè *a)* che la vendita sia stata fatta senza dilazione al pagamento; *b)* che le cose si trovino in possesso del compratore; *c)* che queste cose si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna, cioè che non

---

[1] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 404.

[2] Chauveau sur Carré, Lois de la procédure, quest. 2441; Rodière, De la compétence et de la procédure, III, 159; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 405.

[3] Vedi Duranton, XV, 363 e 364; Troplong, De la vente, II, 662; De la prescription, II, 797; Vazeille, Des prescriptions, II, 517; Larombière, Des obligations, II, art. 1184, n. 109; Demolombe, XXV, 565; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 405.

abbiano perduto la loro forma, natura e denominazione (articolo 1593).

Mediante essa il venditore ricupera non solo il possesso, ma anche la proprietà dei medesimi. [1]

Questo diritto di rivendicazione non ha però effetto in pregiudizio del privilegio accordato al locatore, quando non sia provato che al tempo dell'introduzione de'mobili che forniscono la cosa od il fondo locato, egli fosse informato che ne era ancora dovuto il prezzo (art. 1513).

Tuttociò in materia civile; perciocchè le leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione non sono derogate (art. 1513 alinea ult.).

Per impedir poi la rivendita dei mobili alienati il venditore deve procedere al sequestro giudiziale dei medesimi (art. 921, Cod. di proc. civ.). Ove poi siano stati già sequestrati dai creditori dell'acquirente, può fare opposizione (art. 647, Cod. di proc. civ.).

Quanto poi alla vendita di cose immobili, la legge per garantia dell'adempimento degli obblighi derivanti dalla medesima a carico del compratore, accorda al venditore l'ipoteca sopra i medesimi (art. 1969).

CAPO III.

DELLA RISOLUZIONE E DELLA RESCISSIONE DELLA VENDITA

SOMMARIO

---

[1] In diritto francese l'azione rivendicatoria è coordinata all' efficace esercizio del privilegio stabilito dall'articolo 2102 4°.

257. Dei diritti eventuali appartenenti al venditore sulla cosa alienata col patto di retratto, durante il termine, entro cui può esercitarsi: conseguenze.
258. Contro chi possa esercitarsi il diritto di retratto: contro il compratore o i suoi eredi — *Quid* se quegli abbia alienato la cosa acquistata, sia immobile, sia mobile?
259. Del modo di esercitare il retratto, specialmente nelle ipotesi che la cosa venduta fosse appartenuta a più per indiviso e fosse stata venduta in parte; che più siano stati i venditori di una cosa comune o più gli eredi di un solo venditore e finalmente che più siano stati i compratori o gli eredi di un solo compratore.
260. A che il venditore sia tenuto verso il compratore; ove intenda di valersi del diritto di retratto; rimborso di prezzo e di spese: *Quid* degl'interessi di quello? — Del diritto di ritenzione accordato al compratore per garantía di coteste sue ragioni.
261. A che il compratore sia tenuto verso il venditore che esercita il diritto di retratto: restituzione della cosa coi suoi accessori — *Quid* dei frutti della medesima?
262. Degli effetti del retratto; esercitato che sia: risoluzione della vendita — Si opera questa con effetto retroattivo?
263. Della rescissione della vendita per lesione — È ammessa soltanto a favore del venditore — Quale lesione dà diritto alla medesima: quella d'oltre la metà — Può quegli dimandare la rescissione della vendita per tal causa, se vi abbia rinunziato — Quali vendite sono rescindibili per lesione: quelle aventi per obbietto cose immobili — *Quid iuris*, se in un solo atto e per un unico prezzo siano state vendute cose mobili e cose immobili? — È rescindibile una vendita fatta ai pubblici incanti o che sia aleatoria?
264. Entro qual termine debba promuoversi la domanda di rescissione di una vendita per lesione? — Regole che governano la decorrenza di questo termine — Del modo di promuoverla nei casi in cui più persone hanno venduto unitamente o separatamente o in cui il venditore o il compratore ha lasciato più eredi.
265. Delle regole che governano la prova della lesione.
266. Della facoltà conceduta al compratore d'impedire la rescissione della vendita, pagando il supplemento del prezzo cogl'interessi — Ove non si valga di tale facoltà, a che sia tenuto verso il venditore — E a che questi verso il compratore.
267. Dell'effetto della rescissione della vendita rispetto ai terzi.
268. In quali casi non si faccia luogo alla rescissione della vendita, per causa di lesione.

255. Indipendentemente dalle cause di nullità e di risoluzione già espresse in questo titolo e da quelle comuni a tutte le convenzioni, il contratto di vendita può essere risolto coll'esercizio del diritto di retratto e può essere rescisso per lesione (art. 1514).

Il retratto è un patto per cui il venditore si riserva la facoltà di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo, [1] e il pagamento delle indennità menzionate nel-

[1] Non sarebbe illecito il patto, in forza del quale il venditore dovesse pagare pel retratto una somma maggiore del prezzo ricevuto (Consulta Duvergier, II, 12; Aubry e Rau, IV, § 357, pag. 407, nota 3). L'opinione contraria di Duranton (XVI, 429), di Troplong (II, 696), e di altri, non è accettabile punto nel nostro diritto, che non vieta nè condanna le usure; mentre dall'altra parte il divieto e la condanna di queste, è la base di quella.

l'articolo 1528 (art. 1515).[1] In forza di questo patto adunque il venditore non ricompra la cosa venduta; ma ottiene la risoluzione della vendita fattane e mediante questa, ne ricupera la proprietà e vi rientra in possesso. Adunque da una parte il compratore è proprietario sotto la condizione risolutiva dell'esercizio che il venditore faccia del diritto di retratto, dall'altra questi è proprietario sotto la condizione sospensiva di valersi di tal diritto.

Il patto di retratto dev'essere stipulato nel momento stesso che la vendita; perocchè se la facoltà di riprendere la cosa venduta fosse concessa al venditore dopo perfetta la vendita, si avrebbe una promessa di rivendita e non un patto di retratto propriamente detto; in vero si sarebbe fatta non una vendita risolubile ma una vendita pura e semplice, in forza della quale il compratore avrebbe acquistata la proprietà irrevocabilmente per ministero di legge, la quale perciò sarebbe necessario di trasferire nuovamente *ex integro*.[2]

Il patto di retratto può essere apposto tanto alla vendita di cose immobili quanto a quella di cose mobili.

Il diritto di retratto non può stipularsi per un tempo maggiore di cinque anni. Ma stipulato per un tempo maggiore non è nullo; esso deve invece essere ridotto al termine anzidetto (art. 1516). Ove poi non sia stato fissato il tempo, il medesimo diritto s'intende stipulato per cinque anni, dovendo ritenersi che le parti siansi allora riferite alla disposizione di legge (art. 1131).[3]

Il termine di cinque anni è perentorio e non può essere prorogato nè dalle parti nè dal giudice (art. 1516 e arg. art. 1517). Quindi in capo ai cinque anni le parti non possono convenire che il venditore serbi la facoltà di riprendere la cosa

---

[1] Vedi appresso n. 319.

[2] Duranton, XVI, 390; Troplong, II, 693; Aubry e Rau, loc. cit. nota 2; Marcadé, II, art. 1659.

[3] Troplong, II, 711; Duvergier, II, 26; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit.; Duranton, XVI, 398.

per altri due, tre, cinque anni; questa convenzione non sarà al postutto che una promessa di rivendita. Il giudice dal canto suo non può accordare al compratore, una dilazione per l'esercizio del retratto, a differenza di quanto è stabilito intorno alla condizione risolutiva ordinaria (art. 1165).

Ma i contraenti possono stipularlo per un tempo minore di cinque anni; neppure in tal caso però possono prorogarlo sino a cinque anni; essendo perentorio anche il termine fissato nella convenzione (art. 1517). [1] Molto meno contro la convenzione, potrebbe essere prorogato dal giudice, accordando al venditore una dilazione, sotto il pretesto che questi in breve cumulerà il prezzo da restituire al compratore.

Il termine decorre contro qualunque persona, ancorchè minore di età; salvo il regresso contro chi di ragione; così il padre o la madre, quali rappresentanti ed amministratori dei beni dei figli minori saranno risponsabili della decadenza del diritto di retratto riservato nella vendita di detti beni, per non averlo esercitato nel tempo utile; la stessa decisione è applicabile ai tutori (art. 1519).

Il termine si computa, secondo le regole generali; non computando cioè il *dies a quo*, sibbene il *dies ad quem*.

---

[1] Consulta Duranton, XVI, 398; Marcadé, I, art. 1660-1663; *contro* Troplong, II, 711; Duvergier, II, 26; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 408. Questi per sostenere la loro opinione, traggono argomento dalla disposizione dell'articolo 815 del Codice napoleonico, secondo cui può rinnovarsi il patto di rimanere in comunione. Ma taciuto che questa disposizione non è stata riprodotta dal Codice patrio, quantunque sia d'avviso che anco nel nostro diritto possa quel patto rinnovarsi; non può aver gran valore quest'argomentazione, attesa la gran differenza che passa fra il patto di stare in comunione e quello di retratto. Al contrario merita riflesso che il patto di retratto non può stipularsi *ex intervallo*, e che gli stessi avversari son forzati a riconoscere che quel patto non sarebbe efficace contro i terzi che avessero acquistato diritti sulla cosa. Infine il nostro articolo 1517 dispone in modo generale ed assoluto che il termine fissato non può essere prorogato, mentre il corrispondente articolo 1662 del Codice napoleonico dice che il termine non può essere prorogato dal giudice.

La scadenza del termine fissato per l'esercizio del diritto di retratto produce *ipso facto* la decadenza dal medesimo diritto; perciò a tale scadenza il compratore diviene proprietario irrevocabile della cosa che aveva comprato, sotto la condizione risolutiva del retratto (art. 1518).

Ma il venditore per non decadere dal diritto di retratto, non è obbligato di fare, prima che spiri il termine, le offerte reali del prezzo; basta che dichiari in modo serio e formale che intende di valersene, offrendosi pronto a restituire al compratore il prezzo e a pagargli quanto altro deve. Anche le offerte reali irregolari ed incomplete possono ritenersi dal giudice, come sufficienti ad impedire la decadenza dal diritto di retratto; contenendo esse la manifestazione della volontà del creditore di esercitarlo: questa decisione deve tanto più facilmente accogliersi, inquantochè anco questa decadenza non cessa di essere odiosa, sebbene renda irrevocabile la proprietà della cosa che fu oggetto della vendita. [1] La prova della dichiarazione fatta dal venditore, accompagnata o no da offerte, è regolata dai principî generali di diritto; così se l'oggetto del retratto sia di un valore maggiore di cinquecento lire, quella prova dev' esser fatta per iscritto e non può farsi col mezzo de' testimoni, se non vi sia un principio di prova per iscritto. [2]

Molto meno il venditore, per non decadere dal diritto di retratto, è obbligato a fare il deposito del prezzo, od a promuovere in giudizio l'azione di retratto prima che spiri il termine convenuto. [3]

---

[1] Consulta, tenendo però conto delle loro discrepanze, Merlin, Rép. v° Retrait conventionel; Duranton, XVI, 403; Troplong, II, 723; Duvergier, II, 27; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 408 testo e nota 8; Marcadé, II, articolo 1660-1663.

[2] Marcadé, loc. cit.

[3] Egli è vero che il testo dell'articolo 1518 dice che non promuovendo il venditore *l'azione di riscatto* nel termine convenuto, il compratore rimane proprietario irrevocabile. Ma il promuovere l'azione di riscatto dev'essere inteso nel senso di esercitare il diritto di retratto, come è inteso nel Codice napoleonico che ha la medesima disposizione (Vedi Duranton, XVI, 403; Troplong, II, 716;

256. Fino a che il diritto di retratto non viene esercitato, il compratore gode di tutti i diritti come se la vendita fosse stata fatta puramente e semplicemente; perocchè, giova ripeterlo, il retratto costituisce una condizione risolutiva. Quindi fra le altre cose, egli può usucapire la cosa comperata tanto contro il vero proprietario, quanto contro coloro che pretendessero di avere ragioni od ipoteche sopra la cosa venduta, e può opporre il benefizio dell' escussione ai creditori del suo venditore (art. 1521).

Ma il compratore con patto di retratto non può usare della facoltà di licenziare il conduttore sino a che, collo spirare del termine fissato per il riscatto, non divenga irrevocabilmente proprietario (art. 1602). [1]

257. Dal canto suo il venditore durante il termine entro cui può esercitare il diritto di retratto, ha sulla cosa, come si diceva, un diritto eventuale di proprietà, un diritto cioè subordinato alla condizione sospensiva dell' esercizio del retratto. Durante questo termine quindi, egli può cedere tal diritto ad un terzo; salvo patto in contrario. Importa cessione dello stesso diritto l'alienazione che egli faccia della cosa sulla quale gli compete il diritto di retratto. [2]

Inoltre può gravarla di servitù le quali però non diverranno efficaci che in quanto il venditore eserciterà il diritto di retratto; altrimenti si considereranno come non mai concesse.[3] La stessa decisione è applicabile al caso che il retratto sia esercitato da un cessionario del medesimo e non dal venditore.[4] Ma se la ipoteca o la servitù sia stata concessa dal venditore

---

Duvergier, II, 28; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 409 testo e nota 10; Marcadè, II, art. 1660-1663).

[1] Vedi il mio Trattato delle locazioni, n. 218.

[2] Duranton, XVI, 408; Troplong, II, 741; Duvergier, II, 29; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 412.

[3] Merlin, Rép. v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 3, n. 5; Troplong, II, 740; Duvergier, II, 29.

[4] Troplong, Des hypot. II, 469; Aubry e Rau, loc. cit.

o dal suo cessionario, col consenso del compratore, sussisterà anche nel caso che il retratto non sia esercitato. [1]

258. Il diritto di retratto può esercitarsi contro il compratore e i suoi eredi, tanto se oggetto della vendita sia una cosa immobile, quanto se mobile.

Ove poi trattisi di vendita di un immobile e questo sia stato alienato dal compratore a favore di un terzo, il venditore dopo aver fatto al compratore medesimo le dichiarazioni necessarie, può agire contro il terzo acquirente; perocchè anco il compratore non potè trasmettergli che la proprietà risolubile che egli avea (art. 1520). Ciò è vero, quand' anche nel contratto di alienazione non sia stato denunziato il retratto convenuto; perchè da una parte il fatto dell'alienazione al quale è stato estraneo il venditore, non può privarlo del suo diritto di retratto; dall' altra il nuovo acquirente imputi a sè di non aver preso conoscenza del titolo del suo autore (art. 1520). L'azione contro il terzo acquirente è esercibile dal venditore, indipendentemente dalla trascrizione dell' atto di vendita da esso stipulato (arg. *a contr.* art. 1932-1934). Infine, per esercitare la detta azione contro di quello, non è tenuto a chiamare in causa il compratore.

Se poi oggetto della vendita fu una cosa mobile, e il compratore l'ha alienata e consegnata ad un terzo di buona fede, il venditore non può esercitar più il retratto contro di questo, protetto dalla disposizione dell'articolo 707. Se poi il compratore l'abbia data in pegno, il venditore non può valersi del diritto di retratto contro il creditore di buona fede, che salvo il privilegio concesso a questo dalla legge sulla cosa pignorata per soddisfazione del suo credito, ossia, pagandogli questo (art. 1958 6°). [2] Può servirsi per fare tale pagamento, del prezzo che dovrebbe restituire al compratore (arg. art. 1253 1° comb. coll' art. 1285).

---

[1] Marcadé, II, art. 1659.

[2] Consulta Troplong, II, 732; Duvergier, II, 15; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 410-411.

259. In ordine all' esercizio di quest' azione, importa di conoscere in qual modo debba farsi nelle ipotesi che la cosa sia appartenuta a più per indiviso e sia stata venduta in parte; che più siano stati i venditori di una cosa comune o più gli eredi di un solo venditore; e finalmente che più siano stati i compratori o gli eredi di un solo compratore.

Pertanto in primo luogo se alcuno abbia comprato col patto di retratto una parte indivisa di un fondo, e sia divenuto in seguito aggiudicatario del fondo intero per incanto fra condividenti provocato contro di lui da alcuno di questi, egli può obbligare il venditore a riprendere tutto il fondo quando voglia far uso del patto di retratto; imperocchè come in questa stessa ipotesi il venditore che non avesse alienata la sua parte, sarebbe stato costretto in rapporto ai comproprietari o di abbandonare questa o di acquistare tutto il fondo, così ragion vuole che nella stessa necessità giuridica si trovi verso il compratore di riprendere tutto il fondo o nulla (art. 1522). Ma se al contrario il compratore medesimo abbia provocato l'incanto, il venditore ha diritto di riprendere la parte venduta; perocchè quegli di sua volontà divenne proprietario dell'altra e non gli può esser permesso di render peggiore per tal via, la condizione di questo. In senso inverso, anco volendo, non può pretendere di ricevere tutto il fondo in forza del diritto di retratto, che fu stipulato soltanto per quella parte. Divenuto però comproprietario, può provocare l'incanto, e con questo divenire aggiudicatario di tutto il fondo.

In secondo luogo, se più persone hanno venduto unitamente e mediante un solo contratto un fondo tra esse comune, ciascuna può promuovere l'azione di retratto sopra la parte soltanto che le spettava; perciocchè quando la cosa sia divisibile, è parimente divisibile l'azione di retratto (art. 1523). Per la stessa ragione, la decadenza incorsa da alcuna di esse, non nuoce alle altre. [1] Questa regola è applicabile anche nel caso che il venditore abbia lasciato più eredi, ciascuno de' quali

---

[1] Vedi Torino, 15 novembre 1869, A. III, 2, 543.

perciò non può far uso della facoltà di retratto che per la parte di cui è erede (art. 1524).

Ma in entrambe le sopradette ipotesi, il compratore può pretendere l'intervento in causa di tutti i venditori o di tutti gli eredi dell'unico venditore; affinchè concordino fra loro pel retratto del fondo intero; avendo il compratore in entrambe ragione di restituire l'intero fondo, come intero l'acquistò. Ove non concordano, egli deve essere assoluto dalla domanda (art. 1525). Tuttavia non volendo uno o più dei coeredi o dei venditori del fondo comune effettuare il retratto, possono gli altri ed anche un solo eseguirlo nella totalità per proprio conto; perocchè il diritto e l'interesse del compratore non esigono altro che egli non sia costretto a ritenere soltanto una parte della cosa acquistata (art. 1525). La stessa decisione è applicabile al caso in cui uno o più dei medesimi siano decaduti dal diritto di retratto.[1] È infine appena da notarsi che siccome trattasi di una facoltà concessa al compratore nel suo interesse, così egli può consentire il retratto per la parte che spetta a quello dei venditori o degli eredi che ne promuove l'azione.[2]

Se poi diversi proprietari di un fondo non l'abbiano venduto unitamente e per intero, ma ciascuno abbia venduto la sola sua parte, essi possono separatamente esercitare l'azione di retratto sopra la porzione che loro apparteneva; nè il compratore può costringere colui che in tal modo l'esercita, a riprendere l'intero fondo (art. 1526). È affatto indifferente che la cosa sia stata venduta da ciascuno separatamente e per la sua parte, tanto con atti separati, o con un atto solo ma per prezzi distinti.

Quanto alla terza ipotesi che più siano i compratori o più gli eredi di un solo compratore; se più persone abbiano com-

---

[1] Vedi Torino cit.

[2] Duranton, XVI, 416; Troplong, II, 749 e 750; Duvergier, II, 35; Marcadé, art. 1668-1671; Larombière, II, art. 1184, n. 76; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 413.

prato unitamente e mediante un solo contratto, e una di esse sia convenuta per subire il retratto per la parte sua, non può pretendere che sia esercitato per l'intero fondo; salvochè sia stato acquistato coll'intenzione di ritenerlo in comune, fatta nota al venditore e da esso riconosciuta. [1] Se poi più persone non abbiano comprato unitamente e per intero ma ciascuno per una parte, il venditore non può esercitare il diritto di retratto che contro ciascuno per la porzione acquistata; nè questi può esigere che lo eserciti per l'intero contro tutti. [2] Nel caso poi in cui il compratore ha lasciato più eredi, l'azione di retratto non si può promuovere che contro ciascuno di essi e per la parte che gli spetta, tanto nel caso in cui la cosa venduta sia ancora indivisa, quanto in quello in cui la medesima sia stata fra essi divisa (art. 1527). Ma se l'eredità fu divisa e la cosa venduta è compresa nella porzione di uno degli eredi, l'azione di retratto può esser promossa contro di lui per la totalità (art. 1527 alinea).

260. Il venditore che vuole esercitare il retratto deve rimborsare il compratore non solo del prezzo che ha ricevuto, ma anche delle spese e di qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita; per esempio, la spesa di trasporto della cosa comprata. Deve ancora rimborsarlo delle spese necessarie ed utili; delle prime nella loro totalità, delle seconde sino all'importare dell'aumento di valore della cosa (art. 1528). Ove peraltro questo aumento sia esorbitante, considerato specialmente lo stato economico del venditore, il giudice può dispensare quest'ultimo dal rimborsare una parte più o meno grande del valore aumentato; altrimenti il compratore potrebbe indirettamente rendere infruttuoso pel venditore il diritto di retratto. [3]

Al contrario il venditore non è tenuto a rimborsare il compratore delle spese di manutenzione che sono un carico dei

---

[1] Marcadé, loc. cit.

[2] Marcadé, loc. cit.

[3] Vedi Leg. 38, D. de rei vendic. VI, 1; Delvincourt, III, pag. 161; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 409, nota 12.

frutti che questi ha fatto suoi (arg. art. 561); [1] nè delle spese voluttuarie; queste però il compratore potrà togliere, ove lo possa, con qualche suo vantaggio e senza danno della proprietà, e rimettendo ogni cosa nel primitivo stato (arg. art. 495). [2] Non deve neppure pagargli gl' interessi del prezzo, come dall' altra parte il compratore non è tenuto a restituire i frutti della cosa; nè a prestare il valore dell' uso di essa, ove sia infruttifera: mediante questa compensazione dei frutti della cosa cogl' interessi del prezzo, si evitano le questioni a cui darebbe luogo il conteggio, specialmente de' frutti. [3]

Per garantía della soddisfazione delle obbligazioni che incombono al venditore che fa uso del diritto di retratto, il compratore ha il diritto, di ritenere la cosa fino a che quelle non siano soddisfatte; in altri termini, il venditore non può per virtù del diritto di retratto, rientrare in possesso della cosa venduta se non dopo aver soddisfatto a tutte le obbligazioni che gli sono imposte per l' esercizio del diritto medesimo (art. 1528).

261. Alla sua volta il compratore è tenuto di restituire al venditore che fa uso del diritto di retratto, la cosa con tutti gli accessori che ne dipendevano al tempo del contratto; per esempio, gli animali addetti alla coltura, gli strumenti rurali, i piccioni delle colombaie, gli alveari, e cose simili (art. 413). Deve pure con la cosa restituire le accessioni che ha ricevuto dopo la vendita; così se il fiume vi ha aggiunto un terreno di alluvione, per quanto vastissimo, questo deve essere restituito al venditore medesimo. Infine deve restituirgli la metà del tesoro trovato da esso nel fondo, ritenendo l' altra metà pel diritto d' invenzione. [4]

---

[1] Duvergier, II, 49; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 409.

[3] Consulta Dnranton, XVI, 424; Troplong, II, 735; Larombière, II, articolo 1184, n. 70; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 410 testo e nota 15.

[4] Duranton, XVI, 425; Troplong, II, 766; Duvergier, II, 55; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, II, art. 1673.

Ma come or ora si notava, il compratore ritiene i frutti della cosa in compenso degl'interessi del prezzo che il venditore non è obbligato di pagargli. [1] Per determinare quali frutti rimangano propri del compratore, bisogna distinguere se il retratto sia esercitato nel giorno corrispondente a quello in cui fu fatta la vendita o in altro giorno. Nel primo caso il compratore fa suoi tutti i frutti percetti e percepibili negli anni interi trascorsi dalla vendita al retratto; così se la vendita fu fatta li 20 di giugno del 1864 e il retratto sia esercitato li 20 di giugno del 1869, il compratore ha fatto suoi tutti i frutti percetti e che aveva diritto di percepire da quello a questo giorno; quindi avrà fatte sue cinque raccolte di grano, di frumentone, di vino e di altri prodotti; e se per avventura, quando fu fatta la vendita, era stato dal venditore raccolto il grano giunto a maturità li 15 giugno 1864 e il compratore nei 20 giugno 1869 non abbia mietuto il grano, ha diritto a mieterlo nei giorni successivi.

Nel secondo caso il compratore ha diritto ad una parte di frutti proporzionale alla frazione dell'anno in cui è esercitato contro di esso il diritto di retratto; così, se il retratto si esercita non li 20 giugno 1869, ma li 20 gennaio dello stesso anno, il compratore ha diritto a sette dodicesimi dei frutti prodotti e che si produrranno dai 20 giugno 1868 ai 20 giugno 1869; quindi dovrà restituire cinque dodicesimi del frumentone, del vino, e degli altri prodotti raccolti da lui dai 20 giugno 1868 ai 20 gennaio 1869, ed avrà diritto alla consegna di sette dodicesimi delle fave, del grano e degli altri prodotti che dai 20 gennaio ai 20 giugno 1869 si raccoglieranno da quello che ha esercitato il diritto di retratto. [2]

Queste regole sul riparto dei frutti però in tanto sono applicabili, in quanto le parti non abbiano stabilito nulla in

---

[1] Vedi num. precedente.

[2] Consulta, tenendo però conto di qualche loro divergenza, Duranton, XVI, 424; Duvergier, II, 57; Troplong, II, 770; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, III, art. 1674.

proposito, dovendosi altrimenti stare alle loro private convenzioni.

Infine il compratore deve tenere indenne il venditore dei deterioramenti sofferti dalla cosa per colpa sua.

262. Il retratto esercitato che sia, fa risolvere la vendita, come il verificarsi di qualunque condizione risolutiva.

L'effetto della risoluzione si retrotrae al giorno della vendita, eccetto quando concerne gl'interessi del prezzo, e i frutti della cosa.[1] Si risolvono quindi tutti i pesi e tutte le ipoteche, di cui il compratore avesse gravato il fondo (art. 1528 alinea), ed è annullabile la vendita che ne abbia fatto, come di cosa altrui (art. 1459).

Ma il venditore è tenuto a mantenere le locazioni fatte senza frode dal compratore; purchè siano convenute per un tempo non maggiore di un triennio (art. 1528 alinea).[2]

263. Passiamo ora a vedere della rescissione della vendita per causa di lesione.[3]

---

[1] Vedi sopra.

[2] Vedi il mio Trattato delle locazioni, n. 188.

[3] Il chiarissimo Pisanelli espone nella sua Relazione (III, 64 e seg.) che l'ultimo dubbio elevato sul contratto di vendita riguardava il punto, se dovesse ammettersi la rescissione della medesima per causa di lesione. Tutte le legislazioni, egli prosegue a dire, che seguirono le tradizioni del diritto romano considerarono che quando un immobile viene venduto per un prezzo inferiore alla metà del suo giusto valore, il venditore non abbia potuto rassegnarsi ad una lesione così enorme, se non costrettovi da un'imperiosa necessità di trovar danaro per soddisfare ai suoi impegni; ritennero quindi che il contratto potesse venire annullato, come non liberamente consentito. Egli è un fatto che secondo il rigore del diritto romano antico non era ammessa veruna rescissione per causa di lesione, la formola sacramentale della stipulazione prevaleva allora alla sostanza del contratto, i principî di equità erano stranieri a quel diritto nella materia convenzionale, come in qualsiasi altra materia. Se non che a misura che l'influenza dell'*ius gentium* penetrò nelle istituzioni del diritto romano, i principî di equità l'informarono per modo, che il carattere commutativo divenne sostanziale nella materia dei contratti. L'azione in rescissione della vendita per mancanza del giusto prezzo, ne fu uno dei pratici risultamenti. Parve a taluno che ammettere questa rescissione mentre nel progetto viene stabilita la libertà dell'interesse convenzionale, implicasse una contraddizione di sistema. È però

Il venditore di un immobile che è stato leso oltre la metà, [1] ha il diritto di chiedere la rescissione della vendita; perocchè deve ritenersi che un'imperiosa necessità di trovar danaro per soddisfare a' propri urgentissimi impegni possa averlo costretto ad alienare per meno della metà del giusto prezzo i suoi immobili a cui ordinariamente si è molto attaccati; e che non abbia consentito al contratto con pienissima libertà (art. 1529). Può valersi di questo diritto ancorchè avesse rinunziato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione od avesse dichiarato di donare il di più del valore: perchè deve ritenersi che la causa stessa, la quale lo costrinse a stipulare la vendita, lo abbia medesimamente costretto a fare tale rinunzia o tale dichiarazione a favore del compratore (art. cit.). Questa rinunzia e questa dichiarazione sono senza dubbio inef-

---

a notarsi che tutto il rigore delle leggi civili e penali non valse ad impedire l'usura; questa presentavasi celata sotto mille forme diverse e, appunto perchè celata, sorpassava ogni limite. Proclamando la libertà degl'interessi convenzionali, la legge richiede che risultino da atto scritto; quando eccedono la misura legale il mutuante deve avere il coraggio di comparire qual è, e di affrontare così l'opinione pubblica. Nella vendita avviene diversamente. Il compratore cerca un lucro esorbitante, senza che questo risulti dal contratto; non avvi per lui alcun ritegno derivante dall'opinione pubblica. D'altronde, ed è questa la ragione principale della differenza, chi mutua danaro corre il pericolo di perderlo; il valore dei capitali è quindi determinato non solo dalla domanda e dall'offerta, ma ancora dai rischi maggiori o minori cui trovansi esposti nella circolazione. Il premio dell'interesse, come avviene in quasi tutte le operazioni commerciali, risponde naturalmente ai due elementi. Ciò non si verifica generalmente nell'acquisto di un immobile. Si noti inoltre che viene data facoltà al debitore di restituire, dopo cinque anni dal contratto, le somme portanti un interesse maggiore della tassa legale, in guisa che egli non sarà tenuto a pagare il detto interesse durante quel maggior termine che siasi convenuto per il pagamento del capitale. Tale facoltà che deroga al principio generale per cui la mora può essere stabilita nell'interesse di tutte le parti, si risolve sostanzialmente in una rescissione *sui generis* del contratto di mutuo. Onde la rescissione della vendita per causa di lesione, anzichè costituire una contraddizione nel sistema legislativo in rapporto all'interesse del danaro, trova invece un riscontro nella facoltà concessa al debitore di sciogliersi, dopo un determinato tempo, dal pagamento d'interessi che fossero per avventura esorbitanti.

[1] Consulta C. C. Torino, 24 febbraio 1869, B. XXI, 1, 120.

ficaci a privare il venditore di questa facoltà, se siano state fatte nel contratto (art. cit.); ma se siano state fatte posteriormente, saranno o no valide, secondo che siano state fatte liberamente o sotto l'impero delle medesime cause che costrinsero il venditore a vendere; debbono in generale ritenersi per invalide, se siano state fatte prima del pagamento del prezzo fissato nel contratto di vendita. [1]

Al contrario il compratore non può in verun caso dimandare la rescissione della vendita per causa di lesione; perchè l'imperiosa necessità può costringere a vendere ma non a comprare (art. 1536); ma può competergli eventualmente l'azione di nullità o l'azione *quanti minoris* per causa di dolo. [2]

La rescissione della vendita per lesione può essere richiesta anche nel caso in cui il prezzo sia stato fissato da periti; non facendo la legge veruna distinzione e potendo anche allora verificarsi i motivi per cui quella è stata ammessa. [3]

Per causa di lesione non si può rescindere, come si diceva, che la vendita di un immobile. Ma è affatto indifferente che si tratti di un immobile corporale o di un immobile incorporale; per esempio, di una servitù di passaggio, di acquedotto e simili; perocchè da una parte è generale ed assoluta la disposizione di legge; e dall'altra un'imperiosa necessità può costringermi a imporre quelle servitù come a vendere il fondo. [4]

---

[1] Delvincourt, III, 165; Duranton, XVI, 437; Aubry e Rau, IV, § 358, pag. 413-414; Marcadé, III, art. 1674; *contro* Toullier, VII, 505; Troplong, II, 798; Duvergier, II, 77; in quanto ritengono in modo assoluto che sia valida la rinunzia o la dichiarazione anzidetta, ove sia fatta dopo la stipulazione del contratto di vendita.

[2] Vedi sopra n. 61.

[3] Delvincourt, III, pag. 355; Duranton, XVI, 416; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. testo e nota 4; *contro* Troplong, I, 158; Duvergier, I, 157; Marcadé, art. 1674, I, not. 2.

[4] Duranton, XVI, 443; Tooplong, II, 793; Duvergier, II, 73; Marcadé, I, art. 1674. I signori Aubry e Rau avevano emesso un diverso avviso nella terza edizione della loro opera (III, § 538, pag. 294 testo e nota 2), ma nella quarta ed ultima edizione (IV, § cit. pag. 413) lo hanno cambiato, almeno tacitamente; perciocchè hanno soppresso nel testo l'addiettivo *corporel* che prima accompagnava *immeuble*, e quella parte della nota 2, in cui propugnavano quell'avviso.

Al contrario non è ammessa la rescissione nella vendita delle cose mobili; primieramente perchè ad esse meno attaccati, possiamo indurci a venderle per poco; secondariamente perchè il loro valore è variabile, e ove siano usate si considera notevolmente diminuito: infine perchè importa che le contrattazioni delle medesime siano sottratte ad eventuali rescissioni, che ne rallenterebbero e turberebbero il commercio (arg. *a contr.* art. 1529).

Ma se in un solo atto e per un unico prezzo siano state vendute cose mobili, e cose immobili, e v'abbia lesione riguardo a queste, la vendita si rescinde per l'intiero. Per conoscere se v'abbia lesione riguardo agl'immobili fa d'uopo di ricercare qual parte di prezzo sia stata attribuita ai medesimi; per esempio, se ti abbia venduto la mia casa ammobiliata per quarantamila lire, e quella sia stimata ottantamila, e i mobili ventimila, si considererà la casa venduta per trentaduemila, e i mobili per ottomila; attribuendosi quattro quinti del prezzo a quella e un quinto a questi; sarebbe perciò lesiva la vendita della casa. [1]

Ma quantunque la vendita abbia per oggetto un immobile, non è rescindibile se sia stata fatta ai pubblici incanti (articolo 1536 alinea), [2] o sia aleatoria. Pel presente oggetto, deve considerarsi aleatoria la vendita, quando la differenza fra il valore della cosa ed il prezzo possa essere eventualmente maggiore o minore della metà; per esempio, se un fondo valga centomila lire e sia gravato di un usufrutto, e la nuda proprietà sia stata venduta per quarantamila lire, non può dirsi, almeno in generale, che vi sia lesione; perchè l'usufruttuario potendo vivere dieci, trenta, cinquant'anni, la separazione dell'usufrutto della proprietà diminuisce proporzionalmente il valore di questa. Al contrario se lo stesso fondo che vale cento-

---

[1] Vedi Duranton, XVI, 439; Duvergier, II, 74; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 414; Marcadé, I, art. 1674; Mourlon, III, 658.

[2] Nota la differenza che passa fra il testo del nostro articolo 1536, e il testo del corrispondente articolo 1684 del Codice napoleonico.

mila, sia gravato di usufrutto per dieci anni, o a favore di un vecchio nonagenario e la nuda proprietà del medesimo sia venduta per diecimila, deve considerarsi come lesiva la vendita; perchè il valore dell' usufrutto di dieci anni nel primo caso, e di dieci ed anche di venti nel secondo (supponendo che quel vecchio viva il termine massimo e straordinario di cento e centodieci anni) non può mai farsi ascendere a oltre quarantamila.[1]

264. La domanda di rescissione deve esser proposta, sotto pena di decadenza, entro due anni dal giorno della vendita: un termine più lungo renderebbe ancor più gravoso questo diritto già esorbitante di rescissione (art. 1531).

Il termine dei due anni decorre contro gli assenti, contro gl' interdetti ed i minori.[2] Più ancora non resta sospeso, durante il tempo stipulato pel retratto (art. cit. alinea).

Quando più persone hanno venduto unitamente o separatamente, o il venditore o il compratore ha lasciato più eredi, l' esercizio dell' azione di rescissione è regolato dalle stesse disposizioni che governano l' esercizio del diritto di riscatto nelle identiche ipotesi (art. 1537).

---

[1] Consulta, tenendo però conto di alcune loro discrepanze intorno a qualche particolare decisione, Duranton, XVI, 442 e seg.; Troplong, 790 e seg.; Duvergier, II, 75; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 414 e 415; e sopra tutti Marcadé, II, art. 1575.

[2] Il testo dell'articolo 1531 dice che questo termine corre *contro . . . . i minori aventi causa da un venditore di maggiore età*, come appunto dispone l' articolo 1676 del Codice napoleonico, *contre . . . . . les mineurs venant du chef d' un majeur qui a vendu*. Ma in questo Codice la disposizione è perfettamente giustificabile, perchè se avesse venduto il minore, l' azione di rescissione (oltre che gli competerebbe per ogni specie di lesione) durerebbe anni dieci e non due (art. 1304 e 1305). Al contrario nel diritto patrio il minore per quanto concerne la lesione, è pareggiato al maggiore, ossia è assoggettato al diritto comune. Infatti come sopra abbiamo veduto (n. 136) l' azione di rescissione per causa di lesione non si può proporre, *ancorchè si tratti di minori*, se non nei casi e sotto le condizioni specialmente espresse nella legge (art. 1308). È adunque indifferente che il minore abbia venduto lui o sia erede di un venditore di maggiore età.

265. La prova della lesione non può esser ammessa che nel caso in cui i fatti denunziati siano bastantemente verisimili e gravi per far presumere la lesione (art. 1532).

Per conoscere se vi è lesione oltre la metà, si deve stimare l'immobile, secondo il suo stato e valore al tempo della vendita (art. 1530). Non deve quindi aversi riguardo nè agli accrescimenti, nè ai miglioramenti, nè all'aumento di valore prodotto dal favore dei tempi, nè ai deterioramenti e perimenti parziali.

La stima deve farsi mediante perizia (art. 1533). Nè è permesso al giudice di sostituire a questo altro mezzo; non può quindi per esempio, desumere il valore del fondo dalle vendite anteriori o dagli affitti del medesimo, nè da qualunque altro atto che si pretenda acconcio a farlo conoscere; perocchè la perizia è qui precettiva. [1] Molto meno è a lui permesso di ammettere la prova testimoniale; eccettochè si trattasse di stabilire circostanze di fatto che la perizia non ha potuto definire (art. 1533 alinea ult.). Ma il giudice non è obbligato di stare alla perizia e di accettarne i risultati; egli può non tenerne conto o prescrivere una seconda perizia; perocchè essa è sempre un mezzo di prova, che può non essere sufficiente a convincerlo della lesione. [2]

266. Provata la lesione, il compratore può nondimeno impedire che sia pronunziata la rescissione della vendita, pagando il supplemento del giusto prezzo, cioè la differenza fra il prezzo pagato e il valore estimativo del fondo medesimo; perchè sparita l'enorme ineguaglianza fra il valore della cosa e il prezzo, la rescissione non ha più ragione. Dall'altra parte il venditore, nè potrebbe opporre efficacemente che egli non l'avrebbe venduta neppure per il giusto prezzo, mentre la vendè per un prezzo vile; e molto meno dovrebbe ascoltarsi

---

[1] Delvincourt, III, 166; Duranton, XVI, 449; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 416 testo e nota 15; *contro* Troplong, II, 831; Duvergier, II, 106.

[2] Duranton, XVI, 451; Troplong, II, 835; Duvergier, I, 113; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit.

se dicesse che intanto la vendè a prezzo vile, in quanto sapeva che avrebbe potuto far rescindere la vendita che faceva (articolo 1534).

Il compratore col supplemento del prezzo, ne deve gl' interessi dal giorno della domanda di rescissione, e non dal giorno della vendita, come esigerebbe il principio della rescissione; ritenuto essendo come possessore di buona fede fino a che il venditore non agisce contro di lui, quasi o in effetto ignorasse che la vendita fosse lesiva e al postutto avesse l'opinione che il venditore non si sarebbe valso del diritto di rescissione (art. 1535).

Se poi il compratore prescelga di lasciare il suo corso alla rescissione, deve restituire al venditore il fondo acquistato, e i frutti percetti dal giorno della domanda di rescissione, e non dal giorno della vendita per i medesimi motivi per cui non è tenuto a corrispondere gl'interessi del supplemento del prezzo che dal medesimo giorno (art. 1535). Ma reputo che non debba tenere indenne il venditore dei deterioramenti che prima della domanda di rescissione, siansi sofferti dal fondo per sua negligenza; in quanto si reputa che anteriormente sia stato possessore di buona fede; ove peraltro ne abbia ricavato un utile, gli dovrà una somma corrispondente all'utile anzidetto (articolo 1488). Se però a lui sia imputabile una colpa grave, ne deve rispondere sempre; perocchè la gravità stessa della colpa addimostra che egli abbia agito in mala fede, e col proposito di arrecar danno al venditore (arg. art. 2020). Certo è poi che è risponsabile di tutti i deterioramenti che dopo la domanda di rescissione abbia arrecato al fondo per colpa sia grave, sia lieve, e ne abbia o no ricavato un utile. [1]

Il venditore da parte sua è obbligato di restituire al compratore il prezzo ricevuto e gl'interessi di questo computati parimente dal giorno del pagamento, se non ha raccolto alcun

---

[1] Consulta Troplong, II, 844; Duvergier, II, 121; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 417; Marcadé, II, art. 1681-1682, ma tieni conto delle varie discrepanze nelle singole decisioni.

frutto (art. 1535 alinea ult.). Deve inoltre rimborsarlo delle spese necessarie per intero e delle utili, sino all'importare dell'aumento del valore del fondo con esse ottenuto; ma non delle spese e di qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita. Ei non può rientrare in possesso del fondo se non dopo aver soddisfatto a tutte queste obbligazioni (arg. art. 1528).[1]

267. Fu già detto a suo luogo che l'azione di rescissione non produce effetto a danno dei terzi, i quali hanno acquistato diritti sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione (art. 1308 alinea). Quindi se il compratore prima di tale trascrizione abbia conceduto una servitù sopra il fondo comprato, questa continua a sussistere anche dopo rescissa la vendita. Del pari se nello stesso stato di cose lo abbia alienato, il venditore, rescissa che sia la vendita, non potrà agire con la rivendicatoria contro il secondo acquirente. Al contrario i terzi che avessero acquistati diritti sugl'immobili posteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione, debbono subire la risoluzione dei loro diritti; eccettochè il compratore, loro autore, non prescelga di mantenere il contratto, pagando il supplemento del prezzo; o essi medesimi non preferiscano esercitare questo diritto del loro autore, in base all'articolo 1234.

268. L'azione di rescissione oltre che si estingue col decorso di due anni, come è stato notato; non è esercibile, se sia perito totalmente il fondo per caso fortuito; perchè è divenuta impossibile la restituzione del medesimo. Tuttavia se il compratore l'avesse rivenduto per un prezzo superiore a quello per cui l'aveva acquistato, il venditore leso può agire per la rescissione della vendita, all'effetto di conseguire la restituzione di questo maggior prezzo che a buon diritto può sostenere essere stato ricavato dalla vendita della cosa sua; d'altra parte l'oggetto immediato dell'azione rescissoria è la rescissione o l'annullamento della vendita, e come conseguenza

---

[1] Troplong, II, 848; Duvergier, II, 126; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 417, 418; Marcadé, III, art. 1681 e 1682.

di questo, la restituzione dell'immobile o il pagamento del supplemento del prezzo.[1]

Se poi il fondo sia perito per colpa grave del compratore, egli sarà tenuto verso il venditore al risarcimento dei danni (arg. art. 2020).

CAPO IV.

DELLA CESSIONE DEI CREDITI O DI ALTRI DIRITTI[2]

SOMMARIO

269. Nozioni generali sulla cessione delle cose incorporali in genere — Che cosa sia — In qual momento e per virtù di che divenga perfetta — Quali cose possano formarne obbietto — Della trasmissione del diritto di proprietà della cosa ceduta fra le parti e riguardo ai terzi — Della sua tradizione o consegna — Posizione rispettiva di colui contro il quale è stato ceduto un diritto, e del cessionario in ordine alle eccezioni, e del cedente relativamente alle sue obbligazioni verso il primo — Regole che la cessione ha comuni colla vendita.

270. Regole risguardanti la cessione di crediti in specie — Trasmissione di questi fra le parti: si opera per virtù del solo consenso — Trasmissione dei medesimi rispetto ai terzi: occorrè l'intimazione o l'accettazione — Quali persone sono comprese sotto la voce di terzi — In qual luogo e modo deve esser fatta — In qual forma deve esser fatta l'accettazione della cessione — In qual tempo l'una o l'altra formalità possa adempirsi — L'una o l'altra di queste formalità è necessaria; quando il debitore per altra via conosca la seguíta cessione? — Ordine di preferenza fra più cessioni — Si richiede verun'altra formalità per la trasmissione del credito rispetto ai terzi? — Queste regole sono applicabili indistintamente a tutti e per ogni specie di credito ceduto?

271. Seguito — Conseguenze dell'esposto principio in ordine alle rispettive posizioni del debitore ceduto, del cedente, del cessionario e dei terzi, finchè non sia seguíta l'intimazione o l'accettazione della cessione.

272. Quali cose per virtù della cessione, passano nel cessionario col credito ceduto — Sino a qual punto la cessione sostituisce al cedente il cessionario — *Quid iuris*, nel caso in cui il titolare di un credito ne abbia ceduto una parte; o abbia ceduto tutto il credito a più per parti?

---

[1] Troplong, II, 826; Marcadé, II, art. 1675-1676; *contro* Duvergier, II, 103; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 418 testo e nota 24.

[2] È noto che in diritto romano la cessione era considerata contraria all'essenza del rapporto obbligatorio, ossia della obbligazione, per esser questa un vincolo giuridico fra due persone determinate; e che per soddisfare all'urgente bisogno che sentivasi di operare la traslazione di un credito, senza impetrare il consenso del debitore, s'introdusse la cessione delle *azioni* (Vedi Doveri, II, 533). Ma in diritto patrio è ammessa la cessione anche delle obbligazioni.

273. Quali obbligazioni la cessione imponga al cedente: garantía della sussistenza del credito e dei suoi accessori — Che importi questa obbligazione — Il cedente è o non risponsabile della insolvenza del debitore? — Durata della garantía.

274. Della vendita o cessione di una eredità — Può aver luogo sotto due diverse forme: vendita di eredità effettivamente devoluta; cessione di pretese ad una eredità — L'eredità forma obbietto della cessione nella sua propria natura di *universum ius* — Conseguenze di questo principio in ordine alle cose che debbono considerarsi, come comprese nella detta cessione e specialmente dei debiti e pesi della eredità — *Quid*, rispetto alla consegna delle singole cose comprese nella eredità?

275. Seguito — Effetti della vendita di una eredità — Fa cessare fra le parti, ma non rispetto ai terzi, la confusione operatasi fra il patrimonio del defunto e quello dell'erede — Obbliga l'erede venditore a garantire la sua qualità — Questi è mai tenuto per la evizione dei singoli obbietti? — La detta vendita non conferisce all'acquirente la qualità di erede; conseguenze — La vendita della eredità è rescindibile per lesione?

276. Della cessione di diritti litigiosi — Quando un diritto sia litigioso — Regole generali applicabili alla cessione di diritti litigiosi — Regole speciali stabilite dagli articoli 1546 e 1548 e risguardanti il diritto di retratto di colui, contro il quale è stato ceduto un diritto litigioso.

277. Seguito — In quali casi non abbia luogo questo retratto.

269. La cessione in senso largo, è la trasmissione di un oggetto incorporale per atto tra vivi a titolo oneroso o gratuito; in senso stretto, è la trasmissione di un oggetto incorporale mediante un prezzo determinato in contanti. [1] Essa dunque è una specie di vendita.

Anco la vendita o cessione di una cosa incorporale è perfetta al momento che si è convenuto su di essa e sul prezzo, quantunque non ne sia trasferito il possesso (art. 1538). Il consenso del debitore ceduto non è necessario (arg. art. 1538). [2]

Può essere oggetto della cessione ogni cosa incorporale; crediti, diritti ed azioni che siano in commercio. È indifferente che i crediti o i diritti siano puri ed attuali, o condizionali ed eventuali; così l'assicurato può cedere all'assicuratore i suoi diritti eventuali contro i suoi inquilini e vicini pel caso di sinistro. È parimente indifferente che i diritti abbiano per oggetto cose presenti o cose future; per esempio, può cedersi il diritto di percepire i frutti naturali o civili di un immobile e le prestazioni annue di una rendita fondiaria o vitalizia (articolo 1118). [3] Più ancora: possono cedersi anche i diritti da

[1] Firenze, 15 maggio 1869, III, 2, 206.
[2] Vedi Leg. 1, C. de nov. VIII, 42.
[3] Aubry e Rau, IV, § 359, pag. 419-420; Firenze, 15 magg. 1069, A. III, 2, 214.

costituirsi mediante future convenzioni che il cedente ha già il proposito di stipulare. [1] Ma anco l'obbietto della cessione deve esser lecito; quindi per esempio, sarà nulla la cessione dell'esercizio di una casa di prostituzione. [2]

Le cose che per natura loro possono cedersi, non divengono incessibili nè in forza di convenzione (salvo che la legge ne abbia conferito facoltà alle parti contraenti) nè in forza di sequestro di cui siano colpite.

Le cose poi che la legge civile in maniera esplicita dichiara incessibili, sono i diritti di abitazione e di uso (art. 528); e i diritti di una successione futura (art. 1118 e 1460). Ma v'hanno ancora dei diritti che non possono cedersi per implicito divieto della legge medesima. Per determinare quali essi siano, fa d'uopo considerarne la natura ed i caratteri; lo scopo pel quale sono stabiliti; le condizioni del loro esercizio; e finalmente l'analogia che possono avere con altri diritti formalmente dichiarati incessibili; tale fra gli altri, è il diritto agli alimenti. [3]

La proprietà del diritto ceduto, ossia il potere esclusivo di esercitare le azioni ad esso relative, si trasmette per effetto della sola cessione non solo fra le parti, ma eziandio in riguardo ai terzi, [4] eccettochè non si tratti della cessione contemplata dagli articoli 1539-1540; [5] o di cessione soggetta a trascrizione (art. 1932). [6]

La tradizione del credito o diritto ceduto si eseguisce, come fu detto superiormente, o colla consegna dei documenti,

---

[1] Firenze cit.

[2] C. C. Torino, 25 agosto 1869, A. III, 1, 180.

[3] Consulta, tenendo però conto delle loro discrepanze, Troplong, opuscolo cit. I, 227; Des transactions, n. 95; Rodière et Pont, Du contract de mariage, I, 353; Larombière, Des obligations, I, art. 1128, n. 10; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 422-423.

[4] Consulta Troplong, II, 907; Duvergier, II, 351; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 424-425.

[5] Vedi il num. seguente.

[6] Consulta C. C. Torino, 19 febbraio 1868, B. XX, 1, 186.

o coll' uso che ne fa il compratore di consenso del venditore (art. 1466 e 1538 alinea).

Il terzo contro cui sia stato ceduto un diritto, può in generale opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente; perciocchè questi non potè al cessionario medesimo trasmettere maggiori e più efficaci diritti di quelli da lui posseduti. Dall' altro canto quegli che ha ceduto un diritto, costituito da contratto bilaterale, non è punto liberato dalle obbligazioni che questo gl' impone verso l' altra parte contraente, sebbene il cessionario le abbia assunte sopra di sè nella maniera più formale. [1]

Nel resto la cessione fatta mediante un prezzo in contanti, è in generale, regolata dagli stessi principî che la vendita. Quindi fra le altre cose, le spese della cessione sono a carico del cessionario, come quelle della vendita sono a carico del compratore (art. 1455); salvo che la cessione sia fatta col concorso e nell' interesse del debitore; perciocchè allora le spese dovranno essere a suo carico, giusta i principî generali. Del pari il cedente deve garantire la sussistenza del credito o del diritto ceduto al tempo della cessione, quantunque questa si faccia senza garantía (art. 1542); come appunto il venditore è tenuto alla garantía per l' evizione totale o parziale della cosa venduta, quantunque nel contratto di vendita nulla siasi stipulato in proposito (art. 1482).

270. Dalla cessione di cose incorporali in generale, passiamo ora ad esaminare le regole che riguardano specialmente la cessione dei crediti, di un' eredità e di un diritto litigioso.

La proprietà [2] del credito si acquista di diritto dal compratore o cessionario riguardo al venditore o cedente dal momento che la cessione è perfetta, ossia dal momento che si è

---

[1] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 426-427.

[2] Sull' uso della parola *proprietà* trattandosi di crediti, osservano i signori Aubry e Rau (IV, § 359 bis, pag. 426, nota 1), che può esser giustificato considerando i crediti non già in se stessi e nella loro propria natura, ma come beni, ossia come parti del patrimonio.

convenuto sul credito e sul prezzo e per solo effetto della cessione medesima (art. 1538).

Ma in riguardo ai terzi la proprietà del credito non si trasferisce al cessionario che mediante l'intimazione fatta al debitore della seguita cessione dal cessionario o dal cedente, o coll'accettazione della medesima fatta dal debitore (art. 1539).[1] Queste formalità sono prescritte per impedire il più possibilmente le sorprese e le frodi con l'effettivo possesso che il cessionario prende del credito ceduto. Inoltre ove si tratti di cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni è necessaria eziandio la trascrizione (art. 1932 7°).[2]

Per terzi s'intendono tutte le persone che possono avere un interesse legittimo d'impugnare la cessione per conservare i diritti acquistati dopo la stipulazione della medesima; tali sono i nuovi cessionari; il debitore del credito ceduto in quanto abbia fatto pagamenti al cedente; i creditori non solo anteriori, ma anche posteriori alla cessione, che o pel sequestro eseguito sul credito ceduto o per la dichiarazione del fallimento del cedente, hanno acquistato sul credito stesso, diritti distinti da quelli del loro debitore.[3]

Se sia stato ceduto un credito contro più debitori in solido, basta in generale che la cessione sia intimata ad uno di essi, o da uno di essi sia accettata. Tuttavia debbono essere riconosciuti validi i pagamenti fatti dagli altri in buona fede.[4]

---

[1] Consulta Troplong, II, art. 1690.

[2] Consulta Firenze, 15 maggio 1869, A. III, 2, 214.

[3] Consulta Duvergier, II, 161 e 206; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 427. Il signor Troplong (II, 895-897) comprende sotto la voce *terzi* dell'articolo 1690 del Codice napoleonico (al quale è identico l'articolo 1539 del Codice patrio) tutti coloro che non avendo figurato nella cessione, possono avere un interesse qualunque ad impugnarla. Ma si osserva in contrario che cotesta interpretazione si basa sopra un concetto di formalismo, contrario allo spirito generale della nostra legislazione.

[4] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 427-428.

La cessione può essere notificata dal debitore anche con una semplice denunzia stragiudiziale. [1] In qualunque modo fatta non è necessario che l'atto di notificazione contenga la copia lettera della cessione; basta che ne riferisca la sostanza. [2] La cessione deve essere intimata al domicilio generale del debitore e non a quello eletto per la esecuzione della medesima. [3]

L'accettazione poi deve esser fatta per atto autentico (art. 1539), ma non è richiesto un atto speciale. [4] Fatta verbalmente o per scrittura privata non può esser opposta ai terzi, neppure se questa abbia acquistato data certa. [5]

L'intimazione o l'accettazione della seguíta cessione può aver luogo utilmente in ogni tempo ed anche dopo la morte del cedente; benchè la sua eredità sia stata accettata col benefizio dell'inventario. Ma in caso di fallimento del cedente, la intimazione o l'accettazione della seguita cessione non può farsi utilmente contro la massa dei creditori, se non prima della sentenza che dichiara il fallimento; nè contro il creditore sequestrante può esser fatta utilmente dopo il sequestro; avrà peraltro pieno effetto contro gli altri creditori del cedente o un secondo cessionario. [6]

L'intimazione o l'accettazione della cessione è necessaria, quantunque il debitore abbia conosciuto indirettamente la seguíta cessione; essendo esse prescritte come formalità e non come semplici mezzi di notizia. Nondimeno ove sia provato che fuvvi collusione fra debitore e cedente a danno del cessionario, o che quegli pagò con grande imprudenza, la cessione deve avere il suo pieno effetto contro di lui ed a favore

---

[1] Torino, 16 dicembre 1869, B. XXI, 1, 843.

[2] Troplong, II, 902; Duvergier, II, 183; Aubry e Rau, loc. cit.; vedi pure Torino, 22 gennaio 1869, B. XXI, 2, 36.

[3] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 428.

[4] Consulta C. C. Torino cit.

[5] Duranton, XVI, 496; Troplong, II, 901; Duvergier, II, 216; Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 430.

dei terzi.[1] Medesimamente una prima cessione, benchè non intimata, nè accettata, può essere efficacemente opposta ad un secondo cessionario che abbia agito in mala fede o con grave imprudenza; ma la buona fede non è esclusa necessariamente dalla conoscenza della cessione avuta da lui indirettamente.[2] Ai creditori sequestranti però non nuoce mai la conoscenza avuta della seguita cessione, molto o poco tempo prima del sequestro, potendo essi in favor loro invocare assai a proposito la massima; *iura vigilantibus succurrunt, non dormientibus*.[3]

Se abbiano avuto luogo più intimazioni, ha la preferenza sopra gli altri quel cessionario che più vigilante l'ha fatta per il primo.[4] È indifferente che esse siano fatte in diversi giorni o in un medesimo giorno con l'indicazione precisa delle ore. Ove poi siano fatte tutte nello stesso giorno, senza indicazione delle ore, i cessionari si troveranno tutti in eguale condizione.[5] La priorità della intimazione o dell'accettazione della cessione non può esser provata col mezzo di testimoni.[6]

Oltre la intimazione o l'accettazione della cessione, non si richiede altra formalità per la trasmissione della proprietà del credito ceduto a favore del cessionario riguardo ai terzi; in specie non si richiede che gli venga dato il possesso del documento che prova il credito; perciocchè anche in questa materia ciò riguarda la esecuzione e non la formazione del contratto di cessione.[7]

---

[1] Consulta Leg. 17, D. de transact. II, 15; Troplong, III, 900; Duvergier, II, 208-210; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 428-429 testo e nota 11; Marcadé, art. 1689-1691, II.

[2] Duranton, XVI, 499; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 12.

[3] Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. nota 13 in fine.

[4] Firenze, 15 maggio 1869, A. III, 2, 214.

[5] Marcadé, art. 1689-1691, I; Troplong, II, 953; Duvergier, II, 187 e 188; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 430-431.

[6] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 431 testo e nota 20.

[7] Non osta la disposizione dell'articolo 1126, che riguarda i mobili corporali o che tali sono per natura (art. 417), e i titoli al portatore e non i mobili incorporali, che tali sono per determinazione di legge (art. 418). Consulta Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 21, e le molte sentenze che citano.

Tutte queste regole sono applicabili anche ai commercianti, che stipulino una cessione civile di un credito non solo civile, ma anche commerciale. [1]

Ma esse non riguardano punto nè la trasmissione della rendita sullo Stato; nè la girata regolare o irregolare di effetti negoziabili; [2] e molto meno la trasmissione di titoli al portatore. Non riguardano neppure il pagamento con surrogazione, nè la novazione per la sostituzione di un nuovo creditore, nè la delegazione che produca novazione a senso dell'articolo 1271; sibbene la delegazione non seguita dalla liberazione del debitore originario del delegatario. [3]

271. In base all'esposto principio, che cioè la proprietà del credito ceduto non si trasmette al cessionario in riguardo ai terzi, che mediante l'intimazione o l'accettazione della seguita cessione, il debitore è in primo luogo validamente liberato, se ha pagato al cedente prima che questi o il cessionario gli abbia intimato la cessione o egli medesimo l'abbia accettata con atto autentico (art. 1540). [4] Chè anzi può opporre al cessionario tutte le altre cause che possono avere estinto la sua obbligazione e ogni presunzione di liberazione nata a favor suo e contro il cedente prima dell'intimazione o accettazione della cessione; per esempio, può opporgli la presunzione di liberazione risultante a favor suo, giusta la disposizione dell'articolo 1279, [5] dalla volontaria restituzione del titolo originale del credito ceduto fattogli dal creditore prima di quella intimazione o accettazione; così pure può opporgli l'eccezione della

---

[1] Consulta Duranton, XVI, 505; Troplong, II, 908; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 431, e le molte sentenze che questi ultimi citano.

[2] Consulta C. C. Torino, 19 febbraio 1868, B. XX, 1, 186.

[3] Consulta Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 431-432.

[4] Questo articolo non contempla che il caso della intimazione, ma è evidentemente incompleto come il corrispondente articolo 1691 del Codice napoleonico; perocchè attribuita essendo all'accettazione della cessione la stessa efficacia della intimazione, ogni distinzione sarebbe necessariamente illogica (Consulta C. C. Torino, 16 dicembre 1869, B. XXI, 1, 843).

[5] Vedi sopra n. 135 e seg.

cosa giudicata che contro il suo creditore cedente, abbia ottenuto, prima della intimazione od accettazione della cessione. [1]

Secondariamente fra due cessionari successivi dello stesso credito, deve essere preferito quello che primo ha fatto l'intimazione od ha ottenuto l'accettazione, benchè la sua cessione sia posteriore di data. [2]

In terzo luogo un debitore che per la cessione, sia divenuto creditore del suo proprio creditore, non può riguardo ai terzi, valersi della compensazione che in quanto abbia intimato o fatto accettare la cessione al debitore ceduto e rispettivamente suo creditore; per esempio, se io debba a te mille, e tu altrettanto debba a Caio, e questi mi ceda il suo credito contro di te, io come cessionario, debbo intimarti o farti accettare la cessione perchè la proprietà del credito cedutomi passi in me cessionario anche in riguardo ai terzi; e conseguentemente perchè la compensazione fra il mio debito proprio verso di te e il tuo debito a me ceduto sia operativa di fronte ai terzi medesimi, verso i quali altrimenti io non sarei tuo creditore per virtù della cessione. Ma fra le parti la compensazione anche in questo caso ha luogo di diritto. [3]

Da ultimo i creditori del cedente possono validamente sequestrare il diritto ceduto, fino a che non siane intimata o accettata la cessione; quand'anche i loro titoli siano posteriori alla cessione. [4]

Ma il cessionario prima della intimazione o dell'accettazione della cessione può fare validamente eziandio a riguardo de'terzi, tutti gli atti intesi alla conservazione del credito ceduto; [5] per esempio, può sequestrare i crediti del suo debitore

---

[1] Vedi Carré, Lois de la procédure, III, 1720; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 432-433.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. cit. II.

[3] Duvergier, II, 197; Troplong, II, 891; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 433.

[4] Consulta Duranton, XVI, 501 e seg.; Troplong, II, 906 e seg.; Duvergier, II, 201 e seg.; Marcadé, art. 1689-1691, IV.

[5] Troplong, II, 894; Duvergier, II, 204; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 433; Marcadé, loc. cit.

presso i debitori di questo; e valersi del benefizio dell'articolo 2045, se il credito cedutogli sia ipotecario. [1] Infine può agire contro il debitore ceduto, senza che questi possa opporgli la mancanza d'intimazione o d'accettazione della cessione, ma è bene in diritto di esigere che il cessionario giustifichi la sua qualità; e d'impugnare l'atto stesso di cessione come falso o nullo. [2]

Dall'altro canto il debitore ceduto, quand'anche non abbia accettato la cessione e ne abbia ricevuto la notifica, può liberarsi validamente riguardo al cedente e agli aventi causa, e ai creditori di quest'ultimo, mediante il pagamento fatto al cessionario, o una novazione convenuta con questo. [3]

Quanto al cedente fino a che la seguita cessione non sia intimata o accettata, ha la facoltà di far validamente, rispetto non solo al debitore ma anche ai terzi, tutti gli atti intesi alla conservazione del suo credito, e di esercitare tutte le azioni relative al medesimo. [4] Il debitore convenuto però ha all'uopo, il diritto di esigere che sia chiamato in causa il cessionario, ove abbia a temere regresso da questo per avere verbalmente o con scrittura privata, accettato la cessione o per averne avuta indirettamente conoscenza. [5]

272. Per virtù della cessione, passano nel cessionario col credito ceduto tutti gli accessori; quali sono le cauzioni, le ipoteche e i privilegi; ma non le rendite e gl'interessi scaduti; salvochè siasi convenuto altrimenti (art. 1541). Il cessionario medesimo può valersi ancora della forma esecutiva del titolo del credito cedutogli, sebbene la cessione sia stata stipulata

---

[1] Duvergier, II, 205 e 206; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 433-434 testo e nota 37; *contro* Troplong, II, 895-897.

[2] Consulta Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 434 testo e nota 38.

[3] Consulta Duranton, XII, 121 e 313; Massé e Vergé sur Zachariae, III, § 566, nota 15; Aubry e Rau, tom. § e pag. cit. consulta pure Journal du Palais, 1864, pag. 668, nota 2.

[4] Troplong, II, 885, 887 e 894; Duvergier, II, 204; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, II, art. cit.; Firenze, 20 marzo 1869, A. III, 2, 42.

[5] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 435.

con privata scrittura; e di ogni altro diritto inteso ad ottenere l' adempimento delle obbligazioni del debitore ceduto, per esempio, dell' arresto personale. Insomma il cessionario viene ad essere sostituito al cedente. Questa sostituzione di persona però non è cotanto assoluta che il cessionario da una parte possa valersi indistintamente di tutte le ragioni appartenenti al cedente, e dall' altra non possa invocare contro il debitore i privilegi a lui personali. Al contrario questa sostituzione di un creditore ad un altro modifica sotto i due enunciati obbietti i diritti rispettivi delle parti. Invero fra le altre cose, se il cedente sia minore, e il cessionario maggiore, la prescrizione sospesa a favore di quello, incomincia a correre immediatamente contro di questo e viceversa. Del pari se il cedente, non unito con vincolo di matrimonio, parentela o affinità col debitore poteva valersi dell' arresto personale contro di questo, il cessionario non potrà valersene, se del debitore medesimo sia coniuge, parente o affine, giusta la disposizione dell' articolo 2098. [1]

In senso inverso il credito ceduto passa nel cessionario nello stato in cui si trova nel tempo della cessione; attalchè il debitore ceduto non è obbligato verso il cessionario che nel modo e nella misura che era obbligato verso il cedente. Quindi il debitore potrà opporre al cessionario tutte le eccezioni personali e reali che avrebbe potuto opporre contro il cedente, non dovendo esser la sua condizione deteriorata; [2] così per esempio se il venditore abbia ceduto il credito del prezzo il compratore che di questo è debitore, può eccepire al cessionario che egli giusta l' articolo 1561, intende di ritenere una parte di prezzo per i vizi e difetti della cosa vendutagli e per i quali il venditore gli deve garantía. Ciò ha luogo, quand' anche il debitore

---

[1] Consulta, tenendo però conto delle loro discrepanze nelle singole questioni, Troplong, II, 916; Duvergier, II, 222; Marcadé, art. 1692, II; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 438-439; consulta pure, Leg. 24 e 38, D. de minor. IV, 4; Leg. 2 princ.; Leg. 6 e 25 princ. D. de hered. vel act. vend.; Leg. 5, C. eod.; Leg. 7, C. de priv. fisci, VII, 73.

[2] C. C. Torino, 10 gennaio 1868, A. II, 1, 19.

non abbia fatta alcuna riserva nel ricevere l'intimazione della cessione, o nel farne l'accettazione; salva però, rispetto a quest'ultimo, la disposizione dell'articolo 1291. [1] Ma potrà essere condannato a tenere indenne il cessionario del danno che questi abbia sofferto in seguito alla sua accettazione colposamente fatta in modo puro e semplice; come se per esempio, abbia accettato puramente e semplicemente la cessione di un credito simulato di mutuo, ma che in realtà proviene da perdita a giuoco proibito.[2] Medesimamente il debitore ceduto, nonostante la sua accettazione pura e semplice, potrà ripetere dal cessionario, quanto gli abbia pagato, se e in quanto avrebbe potuto ripeterlo dal cedente, ove a questo avesse fatto il pagamento.

Da ultimo giova ricordare che ove sia stata ceduta soltanto una parte di un credito, il cedente non ha veruna preferenza sul cessionario, nè questi sopra quello, ma l' uno e l'altro concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è ai medesimi dovuto, cioè per la parte ceduta il cessionario, per la parte riservatasi il cedente (arg. *a maiori* articolo 1254). Questa regola però vien meno, ove il cedente abbia conceduto al cessionario un diritto di preferenza, o gli abbia promesso la garantía della solvenza del debitore. [3]

Medesimamente ove il credito sia stato successivamente ceduto a più per parti; i cessionari anteriori non hanno preferenza sui posteriori; talchè tutti indistintamente debbono per contributo esser soddisfatti delle loro ragioni. Ma anco in questa ipotesi la regola vien meno se da una parte il cedente abbia nell'uno o nell'altro modo conceduto preferenza ad uno dei cessionari, e dall'altra il cessionario abbia intimato al debitore la cessione o ottenutane l'accettazione. Se poi la preferenza sia stata accordata a più; l'ordine di essa vien regolato dalla data delle rispettive intimazioni o accettazioni; cosicchè quegli che è primo in data, prevale sopra tutti: *prior in tempore, potior in iure.* [4]

---

[1] [2] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 440-441.

[3] Consulta Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 445-446.

[4] Consulta Troplong, Des priviléges et des hypotèques, II, 366; Pont, Des

273. Quegli che cede un credito o altro diritto, deve per ministero di legge garantirne la sussistenza al tempo della cessione, quantunque questa si faccia senza garantía (art. 1542).[1] È indifferente la natura della causa per cui il credito non sussisteva al tempo della cessione; quindi esempligrazia, il cedente è obbligato alla garantía, se il credito erasi estinto sia per prescrizione sia per compensazione. Chè se al tempo della cessione, il credito sussista, e in seguito venga annullato o rescisso, il cedente è parimente tenuto alla garantía; perocchè l'effetto dell'annullamento o della rescissione retrotraendosi al giorno della formazione del titolo costitutivo, il credito medesimo deve aversi necessariamente per non esistente nel tempo in cui fu ceduto. Infine, se il credito sussisteva, ma non apparteneva al cedente, questi ne deve medesimamente la garantía; come quegli che vendesse una cosa altrui.

L'obbligazione della garantía che incombe al cedente si estende agli accessori del credito, siano essi stati indicati dal cedente, o per legge s'intendano compresi nella cessione; così tu mi dovresti la garantía, se non sussistesse più o fosse nulla la cauzione o l'ipoteca che giusta la tua dichiarazione, assicurava il soddisfacimento del credito.[2]

In forza di questa obbligazione il cedente deve restituire al cessionario il prezzo ricevuto per la cessione, le spese e i legittimi pagamenti fatti pel contratto di cessione, e ne' congrui casi, gl'interessi del prezzo. Deve pure nei congrui casi, tenere indenne il cessionario dei danni che può avergli cagionato la nullità della cessione (arg. art. 1486). Ma se il valore nominale del credito sia aumentato di valore, il cedente non è obbligato di pagare al cessionario l'eccedenza sul prezzo di cessione.[3]

---

priviléges et des hypotèques, n. 239; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 446 testo e note 81 e 82.

[1] Vedi Leg. 4, D. de hered. vel act. vend. XVIII, 4; Leg. 74, § 3, D. de evict. XXI, 2; Leg. 30, D. de pign. act. XX, 1.

[2] Troplong, II, 933; Duvergier, II, 252 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 442.

[3] Duranton, XVI, 312; Troplong, II, 943; Duvergier, II, 263; Aubry e Rau, loc. cit.

Del resto il cedente e il cessionario possono con patti particolari accrescere o diminuire l'effetto di questa obbligazione, e pattuire altresì che il cedente non sarà soggetto ad alcuna garantía. Ma anche in questo caso di stipulata esclusione della garantía, il cedente è tenuto alla restituzione del prezzo e al rimborso delle spese e dei legittimi pagamenti fatti pel contratto di cessione; eccetto che il credito fosse stato ceduto come incerto o litigioso, o che il cessionario fosse consapevole nell'atto della cessione del pericolo che correva o finalmente che avesse stipulato la cessione a suo rischio e pericolo (arg. art. 1485). [1]

Ma il cedente non è risponsabile della solvenza del debitore se non quando ne ha assunto l'obbligo (art. 1543). [2] Allora s'intende assunta la garantía della solvenza del debitore per la concorrenza del prezzo che ha riscosso del credito ceduto (art. 1543); per esempio, se ti ho ceduto un credito di lire mille per trecento lire e ti ho garantito la solvenza del debitore, non ti dovrò nel caso d'insolvenza di questo che lire trecento e non le lire mille; perchè in effetto, fissando il prezzo a lire trecento, deve ritenersi che maggior valore non potesse attribuirsi al credito, avuto riguardo allo stato economico del debitore. Tale obbligazione di garantía non comprende il risarcimento dei danni che la insolvenza del debitore può avere arrecato al cessionario (arg. *a contr.* art. 1543).

Quanto alla durata della garantía, se nulla fu convenuto dalle parti, s'intende per formale disposizione di legge, che il cedente l'abbia limitata ad un anno da computarsi dal tempo della cessione del credito, se il termine di questo era scaduto. Se il credito è pagabile fra un termine non ancora scaduto, l'anno decorre dalla scadenza. Infine se il credito porta costituzione di una rendita perpetua, la garantía della solvenza si

---

[1] Consulta sul valore delle varie clausole di prestazione di garantía, Troplong, II, 938 e seg.; Duvergier, II, 273 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 443-444; Marcadé, art. 1693-1695, § II e III.

[2] Vedi Leg. cit.

estingue col decorso di dieci anni dalla data della cessione (art. 1544). È poi appena da notarsi che il cedente dovrà rispondere della insolvenza del debitore verso il cessionario che provi essere stato indotto ad acquistare il credito dal cedente medesimo, sciente di tale insolvenza.[1]

Il cessionario però, garantito della solvenza del debitore, non può agire contro il cedente che dopo avere escusso inutilmente il debitore le cauzioni e di essersi valso inutilmente dei privilegi e delle ipoteche che garantivano il credito. Tuttavia, ove il cedente siasi obbligato di pagar lui, se il debitore alla prima domanda anche stragiudiziale non pagasse; la escussione non è obbligatoria pel cessionario; perciocchè allora reputasi che il cedente siasi obbligato personalmente a pagare l'intero credito ceduto, senza previa escussione del debitore.[2] Non è neppure obbligatoria, se il cessionario dimostri che riuscirebbe sommamente difficile e di esito incerto.[3]

Oltre alla scadenza del termine anzidetto, l' obbligo di garantía della solvenza del debitore cessa: *a)* col perimento del credito, delle cauzioni, dei privilegi e delle ipoteche che ne assicuravano la soddisfazione, avvenuto per non avere il cessionario compiuto i relativi atti di conservazione dei medesimi; *b)* colla proroga del termine conceduto dal cessionario al debitore per la soddisfazione del suo credito; eccetto che il cessionario non provi che allo spirare di quello il debitore medesimo era già divenuto insolvente.

274. Ora della vendita o cessione di una eredità.

Può essere obbietto di tal contratto o una eredità effettivamente devoluta all' alienante, o le pretensioni bene o mal fondate che questi crede di avere ad una eredità. Nel dubbio deve ritenersi dedotta in contratto quella anzichè queste.

Queste due specie di cessioni sono in generale rette dalle medesime regole. Tuttavia nella seconda non si fa luogo a

---

[1] Lucca, 9 marzo 1869, B. XXI, 2, 144.

[2] Troplong, II, 944 e 949; Duvergier, II, 280; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 444.

[3] Lucca cit.

garantia, per quanto mal fondate siano riconosciute le pretensioni cedute; salvo che il cedente positivamente avesse saputo nel momento della cessione che niun diritto gli apparteneva sulla eredità; perciocchè v'ha dolo a cedere anche come incerto un diritto che si sa, non esistere. [1]

L'eredità forma obbietto del contratto di vendita o cessione, considerata nella sua propria natura di *universum ius*, anzichè nei singoli obbietti che la compongono (arg. art. 1545). Perciò tale contratto comprende indistintamente quanto dalla eredità sia già provenuto, e in seguito possa provenire, salvo patto in contrario. Adunque in mancanza di questo, comprende non solo le cose ereditarie possedute dal venditore, ma anche i frutti e gl'interessi percepitine anteriormente alla cessione; l'ammontare dei crediti ereditari riscossi, il prezzo dei beni venduti, e finalmente il valore delle cose consumate pel proprio uso o alienate a titolo gratuito (art. e arg. art. 1545). Dall'altro lato i debiti e pesi della eredità debbono gravare sull'acquirente; il quale perciò è tenuto a rimborsare il venditore di quanto abbia pagato per tali titoli, e a tenergli conto di quanto gli fosse dovuto sulla medesima (art. 1545).

Ma non ostante l'enunciato principio, l'obbligazione della consegna dei singoli obbietti ereditari, è subordinata alle regole ordinarie della vendita. Quindi per esempio, l'acquirente da una parte profitta dei miglioramenti fatti dal venditore nei beni ereditari prima della vendita: dall'altra non può pretendere veruna indennità per le deteriorazioni che questi vi abbia cagionato, salvo che non ne abbia tratto profitto; e meno ancora per gli atti di amministrazione o disposizione che vi abbia compiuto. [2] Del pari l'acquirente di una parte indivisa della eredità non ha sui singoli effetti che la compongono, se non

---

[1] Leg. 12, D. de hered. vend. XVIII, 4; Merlin, Rép. v° Droits successifs, n. 2; Duranton, XVI, 520; Troplong, II, 957 e 958; Duvergier, II, 312; Aubry e Rau, IV, § 359 ter, pag. 447.

[2] Consulta Troplong, II, 964 e seg.; Duvergier, II, 324 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 449.

diritti proporzionali alla quota che esso e l'erede reputavano fosse a questa deferita; non può adunque affacciar pretese non solo sulla parte deferitasi a lui per accrescimento dopo la cessione o anche prima ma ad insaputa sua. Altrimenti però sarebbe, ove l'erede avesse ceduto tutti i suoi diritti ereditari, anzichè la sua porzione. [1]

275. La vendita di un'eredità fa cessare fra le parti contraenti la confusione che si era operata sia a profitto sia a danno dell'erede venditore; quindi questi è tenuto a pagare all'acquirente quanto egli doveva al defunto, e a tollerare l'esercizio delle servitù che sui propri fondi gravavano a vantaggio di quelli del defunto medesimo. Dall'altro lato è in diritto di esigere dal compratore il pagamento dei crediti che aveva contro il defunto; e di esercitare le servitù stabilite a favore dei suoi fondi sopra quelli del defunto medesimo. [2] Ma riguardo ai terzi non rivivono i diritti estintisi colla confusione (arg. 1265 e 1295). [3]

Il venditore della eredità è tenuto di pien diritto, a garantire la propria qualità di erede; ossia il pacifico possesso della eredità considerata come universalità giuridica. Ma non è risponsabile della evizione degli oggetti particolari, considerati come compresi nella eredità; eccettochè non siano stati specificamente indicati (art. 1545 princ.).

La vendita della eredità non conferisce all'acquirente la qualità di erede; talchè egli non è che un successore particolare. Invece il venditore continua ad esserne rivestito di fronte ai terzi: *semel heres, semper heres.* Di conseguenza i creditori dell'eredità da una parte non possono agire contro l'acquirente di essa, se non in base all'articolo 1234; esercitando

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Droits successifs, n. 6; Duranton, XVI, 524; Troplong, II, 971 e 972; Duvergier, II, 339; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Leg. 2, § 18 e 19, D. eod.; Troplong, II, 970 e 971; Duvergier, II, 344 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 448-449.

[3] Duranton, XII, 487 e XVI, 526; Duvergier, II, 346; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 448, nota 7.

cioè i diritti del loro debitore. Dall'altro, possono esercitare tutte le loro ragioni contro l'erede venditore. [1]

La vendita di una eredità fatta ad un terzo, o ad un coerede dopo la divisione, non è in generale rescindibile per causa di lesione; quand'anche comprenda beni immobili. Ma fatto fra coeredi prima della divisione, è rescindibile giusta le regole che questa governano. [2]

276. Resta a parlare della cessione dei diritti litigiosi.

Il diritto si ritiene litigioso quando la sussistenza di esso sia già nel tempo della cessione giudizialmente contestata (art. 1547). [3]

Alla cessione dei diritti litigiosi sono applicabili tutte le regole che governano la cessione in generale e quella dei crediti in particolare; salve le modificazioni risultanti dalle disposizioni dell'articolo 1458 superiormente esposto, e degli articoli 1546 e 1548.

Pertanto giusta l'articolo 1546, quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso ha la facoltà di farsi liberare dal cessionario, o può contro il volere di questo farvisi surrogare. Questa facoltà suole chiamarsi *retratto di un diritto litigioso*, o semplicemente *retratto litigioso*. Essa è concessa per liberare quello contro cui ha avuto luogo la cessione, dalle vessazioni che o per interesse o per mal animo il cessionario eserciterebbe contro di lui, maestra l'esperienza. [4]

Il retratto litigioso può esercitarsi tanto da quello contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso, quanto da suoi eredi. Possono esercitarlo quantunque quegli o questi siano divenuti eredi del cedente e ne abbiano accettato l'eredità puramente

---

[1] Consulta Duranton, XVI, 525; Duvergier, II, 348; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 450.

[2] Consulta Merlin, Rép. v° Droits successifs, n. 7; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 12.

[3] Consulta Troplong, II, 985 e seg.; Duvergier, II, 359 e seg.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 456, 457; Marcadé, art. 1699-1701; C. C. Napoli, 3 marzo 1868, A. II, 1, 263; C. C. Palermo, 14 gennaio 1868, A. II, 1, 307.

[4] Vedi Leg. 22 e 23, C. mandati, IV, 35.

e semplicemente; perocchè il retratto non costituisce una specie di evizione, che possa dar luogo alla garantía, e quindi all'eccezione: *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio;* importa invece la risoluzione del diritto del cessionario subordinato dalla legge medesima alla condizione risolutiva del retratto. Se più siano le persone contro cui fu ceduto il diritto litigioso o più gli eredi di quella sola persona contro cui ebbe luogo siffatta cessione, il diritto di retratto compete a ciascuno individualmente, ma per analogia e per quanto lo comporta il soggetto, debbono applicarsi le disposizioni degli articoli 1523-1527.

Il retratto di un diritto litigioso può esercitarsi quando questo sia stato ceduto a titolo oneroso, e non quando abbia formato l'oggetto di una donazione: nulla rileva che questa sia stata fatta puramente e semplicemente o con più o meno pesi; salva però in questo secondo caso pel debitore la facoltà di provare che la donazione simula una vera cessione a titolo oneroso. [1]

La disposizione del citato articolo 1546 riguarda la cessione non solo dei crediti propriamente detti ma anche di qualunque diritto mobile o immobile (arg. art. 1548 3°). Anzi è opinione omai prevalente che essa sia applicabile eziandio alla vendita di un immobile la cui proprietà sia litigiosa, e alla cessione di un diritto litigioso di proprietà, quando almeno, il venditore non possedendo l'immobile non possa farne la consegna. [2]

La facoltà del retratto litigioso può esercitarsi sino a che la lite vertente sulla sussistenza del diritto ceduto non sia definitivamente decisa; quindi può esercitarsi durante il giudizio di prima istanza e d'appello, ed anche durante il ricorso in cassazione. Chè se la cessione del diritto litigioso sia stata tenuta celata a quello contro cui fu fatta per impedire il retratto,

---

[1] Vedi Duranton, XVI, 534; Troplong, II, 1009; Duvergier, II, 488; Aubry e Rau, IV, § 359 quater, pag. 454-455 testo e nota 14; Marcadé, art. 1699-1701, I.

[2] Consulta Troplong, II, 1001; Duvergier, II, 379; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 455 testo e nota 15, e le molte sentenze che questi ultimi citano.

questo può esercitarsi in quel tempo, qualunque sia, in cui viene conosciuta. [1]

Non è punto necessario che l'esercizio della facoltà di retratto sia preceduto o accompagnato da offerte reali. [2]

Il corso della dimanda di retratto non può essere arrestato da una retrocessione del diritto litigioso fatta dal cessionario a favore del cedente.

Quegli che si vale del retratto litigioso, deve rimborsare il cessionario del prezzo reale della cessione, con le spese ed i legittimi pagamenti, e cogl' interessi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione (art. 1546).

277. Ma per eccezione alla regola stabilita dall'articolo 1546, il retratto litigioso non ha luogo per disposizione dell' articolo 1548 sopra citato, nei quattro seguenti casi:

1° Se la cessione fu fatta ad un coerede o comproprietario del diritto ceduto; perchè allora questa cessione è intesa a far cessare la comunione fra il cedente e il cessionario in riguardo al diritto ceduto (art. 1548 1°). La cessione, non è d' uopo dirlo, deve esser fatta da un comproprietario del diritto ceduto; dimodochè l'eccezione non avrà luogo, se un terzo avente un diritto litigioso contro la successione o la comunione lo ceda ad uno di questi; per esempio, non avrà luogo, se io che pretendo di essere un creditore ereditario, cedessi a te che sei uno dei coeredi il mio diritto che mi è giudizialmente contestato; perchè da una parte il diritto ceduto non è cosa comune fra te e me, e dall' altra o hai agito nell' interesse della successione e il retratto deve profittare a tutti i tuoi coeredi; o hai agito nel tuo esclusivo interesse, e ti trovi verso la successione nella stessa condizione che un estraneo; [3]

---

[1] Consulta Troplong, II, 999; Duvergier, II, 355; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 457; Marcadé, art. 1699-1701, II.

[2] Consulta Troplong, II, 987; Duvergier, II, 375; Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 458.

[3] Troplong, II, 1005 e 1006; Duvergier, II, 392; Marcadé, art. 1699-1701, III; *contro* Duranton, XVI, 539.

2° Se la cessione è fatta ad un creditore in pagamento di quanto gli è dovuto; perocchè nulla di più legittimo che farsi pagare il proprio credito (art. 1548 2°). [1] Importa però di considerare attentamente che questo credito sia sincero e non simulato nell'intento di coprire la frode che si vorrebbe fare alla legge;

3° Se fu fatta al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso; perchè in questo caso la cessione ha un motivo legittimo che non consente di sospettare nel cessionario l'animo di speculare e vessare con le liti; per esempio, se tu promuovi la rivendicatoria contro il fondo che ho comprato da Caio, ho un interesse legittimo ad ottenere la cessione del tuo preteso diritto; perchè con tal mezzo sottraggo il fondo acquistato agli effetti di quell'azione;

4° Se un diritto litigioso è ceduto, come semplice accessorio della cosa che si vende o faccia parte della eredità venduta. [2]

---

[1] Parma, 9 aprile 1866, B. XVIII, 2, 128.

[2] Vedi Troplong, II, 1011; Duvergier, II, 397; Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 458.

TITOLO VII.

Della permuta

SOMMARIO

278. Transizione — Che cosa sia la permuta — È essenziale ad essa la trasmissione della proprietà delle cose dedotte in contratto — In che la permuta differisca dalla vendita — *Quid iuris*, se uno dei compermutanti per pareggiare il valore della cosa che riceve, dia oltre una cosa, del denaro?
279. La permuta è retta in generale dalle stesse regole che la vendita — Ma ha eziandio leggi proprie — Quali queste siano.

278. Dal contratto di vendita passiamo a quello di permuta, traslativo anch' esso della proprietà, e alla vendita più che ogni altro affine.

La permuta è un contratto con cui uno dei contraenti si obbliga di trasferire all' altro la proprietà di una cosa per avere la proprietà di un' altra che questi alla sua volta si obbliga di trasferirgli (art. 1549). [1] Perciò in essa, ciascuno dei contraenti è alienante, e nel tempo stesso acquirente. [2]

Per la permuta adunque è essenziale la traslazione di proprietà; ove quindi si conceda soltanto l' uso di una cosa per l' uso di un' altra cosa, non vi sarà propriamente permuta, come nel caso che dessi a te l' uso del mio cavallo per recarti in marina, e tu a me l' uso del tuo mulo per recarmi in montagna.

La differenza specifica fra la vendita e la permuta sta in questo, che nella prima la proprietà della cosa che si vende

---

[1] Vedi Leg. 1 princ. e § 3, D. de rer. permut. XIX, 4.
[2] Firenze, 5 maggio 1870, A. IV, 2, 360.

si trasferisce per un prezzo; nella seconda per la proprietà di un'altra cosa. [1] Ma il contratto non cessa di essere permuta se la differenza dei valori delle cose si pareggi con il denaro; semprechè la somma di denaro da pagarsi non sia superiore al valore della cosa che si dà in natura; perocchè allora il denaro deve considerarsi come cosa principale, e il contratto ritenersi di vendita, anzichè di permuta; quindi vi sarà permuta se il mio fondo valga centomila e il tuo ottantamila, e ti dia in denaro le ventimila lire di differenza; vi sarà invece vendita se per l'acquisto del tuo fondo dessi cinquantacinquemila lire in denaro, e un fondo del valore di trenta, quaranta, quarantacinquemila lire. È affatto indifferente che nel primo caso il contratto sia stato qualificato per vendita, e nel secondo per permuta. [2]

279. La permuta è retta in generale dalle stesse regole che la vendita (art. 1555); quindi come questa, si effettua mediante il solo consenso indipendentemente dalla tradizione delle cose che ne formano l'obbietto; e come questa, nei relativi casi deve essere fatta per atto pubblico e per iscrittura privata, e deve essere trascritta (art. 1550, 1314 1°, e 1932 1°). Medesimamente sono applicabili alla permuta le regole della vendita di un immobile indiviso, stipulata da un solo dei compartecipanti; quelle che governano gli effetti della consegna o evizione parziale; [3] e la risponsabilità per i vizi e difetti delle cose. Del pari il divieto di acquistare per vendita colpisce anche la permuta; [4] come la vendita, è nulla la permuta della cosa altrui. [5] In fine anche quello dei compermutanti che chiede l'adempimento del contratto, deve prima provare di averlo egli stesso legit-

---

[1] In diritto romano le differenze erano numerose (Vedi Doveri, II, § 339).

[2] Consulta Duranton, XVI, 547; Troplong, De l'échange, n. 5 e 6; Duvergier, II, 400; Marcadé, art. 1702-1703, II; Aubry e Rau, IV, § 360, pag. 459.

[3] Casale, 7 dicembre 1866, B. XVIII, 2, 637.

[4] Firenze cit.

[5] Firenze cit.

timamente adempiuto. [1] Ma in generale non sono applicabili alla permuta le disposizioni degli articoli 1455 e 1475. [2]

Ma la permuta ha eziandio le sue proprie leggi. Invero primieramente se uno dei permutanti, dopo aver consegnata la cosa sua, soffra la evizione di tutta la cosa che ha ricevuto, può o dimandare a sua scelta la risoluzione della permuta, e conseguentemente la restituzione della cosa data; o mantenere la permuta medesima e chiedere perciò il valore di quella ricevuta ed evittagli: ha inoltre diritto in entrambi i casi al risarcimento dei danni, ove sia stato di buona fede (art. 1552, e arg. art. 1459 e 1486). [3] Di questi stessi diritti gode quello dei compermutanti che dopo aver consegnato la cosa sua, viene a sapere che quella ricevuta non appartiene all'altro; non è a ciò necessario che egli sia molestato nel suo possesso. [4] Tuttavia, se abbia alienato la cosa ricevuta, non può dimandare la risoluzione della permuta; se non sia convenuto dall'acquirente coll'azione di nullità dell'alienazione. [5] Chè se in luogo di aver consegnato la cosa sua, abbia ricevuta quella promessagli dall'altro, può del pari a sua scelta o eseguire il contratto, consegnando la cosa che ha promesso, o dimandarne la risoluzione, restituendo la cosa ricevuta (art. 1551).

Negli accennati casi di risoluzione, rimangono salvi i diritti acquistati dai terzi sugl'immobili prima della trascrizione della dimanda di risoluzione (art. 1553). [6]

Secondariamente la rescissione per causa di lesione non ha luogo nel contratto di permuta; eccettochè siasi convenuto a carico di uno dei permutanti un rifacimento in denaro che

---

[1] C. C. Firenze, 22 dicembre 1870, A. IV, 1, 375.

[2] Consulta Troplong, op. cit. n. 41; Marcadé, art. 1706 e 1707; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 462.

[3] Consulta Duranton, XVI, 545; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 460 testo e nota 3.

[4] Duranton, XVI, 544; Troplong, op. cit. n. 23; Duvergier, II, 413; Marcadé, art. 1704 e 1705; Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 460 testo e nota 5.

[5] Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 460.

[6] Consulta Torino, 11 maggio 1866, B. XVIII, 2, 204.

superi il valore dell'immobile da lui dato in permuta; perocchè in questo caso il contratto si considera per una vendita come fu già avvertito, e perciò deve farsi luogo alla rescissione (art. 1554). Del resto come nella vendita propriamente detta, così nella permuta che si ha per vendita, la rescissione non è ammessa che quando quegli che la invoca, abbia dato un immobile. Del pari, come in quella la rescissione non è ammessa che a favore del venditore, così in questa non è ammessa che a favore di quello de' compermutanti che deve considerarsi come venditore, e perciò a favore di quello che ha ricevuto il rifacimento in denaro, ossia il prezzo (art. 1554). Finalmente come nella vendita propria, così nella permuta che si ha per vendita, la rescissione non è ammessa che per la lesione d'oltre la metà. Per conoscere poi se v'ha lesione deve cumularsi col denaro da rifarsi il valore stimativo dell'immobile dato in permuta; quindi vi sarà lesione e si farà perciò luogo a rescissione a favor tuo, se pel fondo tuo del valore di centomila lire, io ti avessi dato venticinquemila lire in denaro, e un fondo o del mobilio o una biblioteca del valore di ventiquattromila lire.

TITOLO VIII.

DELL' ENFITEUSI [1]

SOMMARIO

280. L'enfiteusi è un contratto, col quale si concede in perpetuo o a tempo, un fondo coll'obbligo di migliorarlo e di pagare un'annua determinata prestazione in danaro o in derrate (art. 1556).

Quegli che concede il fondo in enfiteusi, chiamasi comunemente *direttario;* colui al quale il fondo è concesso in enfiteusi, chiamasi *enfiteuta.* Infine l'annua determinata prestazione in danaro o in derrate chiamasi *canone.*

---

[1] Consulta il Processo verbale, n. 38.

Nell' enfiteusi si ravvisano due diritti che possono quasi dirsi due proprietà, due dominî: l'uno *diretto* competente al direttario, l'altro *utile* appartenente all' enfiteuta.[1]

Tanto il diritto del concedente quanto quello dell' enfiteuta sono immobili per l'oggetto a cui si riferiscono (art. 415) e ambedue sono capaci d'ipoteca (art. 1967 3°).

Può concedersi in enfiteusi qualsiasi fondo rustico,[2] che sia capace di miglioramenti; nulla rileva che esso sia affatto incolto o che sia coltivato, ma in istato di deteriorazione.[3]

Il canone deve esser vero o certo, come il prezzo nella vendita; ma non si richiede che sia giusto, in questo senso che il concedente non potrà dimandare la rescissione del contratto per causa di lesione (arg. *a contr.* 1529, e arg. art. 1554). Non si richiede neppure che se non sia convenuto in danaro, debba consistere nelle derrate del fondo dato in enfiteusi; perocchè non trovasi ripugnante alla essenza o alla natura di questo contratto che l'enfiteuta debba prestare derrate diverse da quelle che si producono dal fondo medesimo. Infine non è necessario che il canone in derrate sia fissato in quantità materialmente determinata; per esempio, tanti quintali di grano ecc.: può anche stabilirsi in quantità intellettuale; per esempio, il terzo delle rendite del fondo; senza che per ciò solo il contratto degeneri in colonia.[4]

Da ultimo le parti possono stabilire quel tempo che loro piaccia per la durata dell'enfiteusi ed in specie un tempo più

---

[1] È noto che nell' antica giurisprudenza era comune la distinzione dei due diritti che si ravvisavano nella enfiteusi, in dominio *diretto* e dominio *utile;* sebbene allora fosse più esatto di considerare il diritto dell' enfiteuta come un diritto reale costituito sopra la cosa altrui: e quello del direttario come proprietà. Ma nella legge patria quella distinzione è più prossima al vero; somigliandosi assai da vicino alla proprietà il diritto dell' enfiteuta.

[2] Dico un fondo rustico, perchè l'enfiteusi che non figura nel Progetto Pisanelli, fu ammessa nel Codice per favorire l'agricoltura con la coltivazione di fondi incolti o quasi-incolti (Vedi il Proc. verb. cit.).

[3] Vedi Processo verbale n. 49, II.

[4] Consulta C. C. Napoli, 29 marzo 1870, B. XXII, 1, 331.

lungo di quello, pel quale è permesso di fare locazioni di fondi anco incolti. [1]

281. L'enfiteuta, in forza del contratto e senza bisogno di speciale stipulazione, fa suoi tutti i prodotti del fondo e delle accessioni; e quanto al tesoro ed alle miniere, cave e torbiere che si scoprono nel fondo enfiteutico, ha gli stessi diritti che avrebbe il proprietario (art. 1561). Peraltro è permesso alle parti contraenti di regolare diversamente questi diritti con patti speciali, che rispettino però l'essenza dell'enfiteusi (art. 1557).

Inoltre l'enfiteuta può disporre tanto del fondo enfiteutico, quanto delle sue accessioni, sia per atto tra vivi oneroso o lucrativo, sia per atto di ultima volontà o per successione legittima; [2] ma non può concederli in subenfiteusi (art. 1562).

Per la trasmissione del fondo enfiteutico, in qualunque modo avvenga, non è dovuta alcuna prestazione al concedente (art. 1562); essendo di pubblico interesse che non sia in verun modo inceppata la trasmissione del dominio utile da una persona ad un'altra (art. 1557).

Infine ha il diritto di affrancare il fondo enfiteutico come or ora diremo.

282. Dall'altra parte l'enfiteuta ha parecchi obblighi. E primieramente, in forza del contratto e senza bisogno di speciale stipulazione, deve pagare il canone nella quantità e qualità, nel luogo e nel termine convenuto nel contratto (art. 1556 e 1565). Nè può pretendere remissione o riduzione del canone per qualunque insolita sterilità o perdita di frutti (art. 1559); a differenza di quanto è stabilito per la locazione dei fondi rustici (art. 1617 e 1618); imperocchè il caso fortuito o di forza maggiore il quale colpisce il dominio utile, non può nuocere che all'enfiteuta a cui appartiene. Che anzi non ha diritto a diminuzione di canone neppure nel caso che il fondo sia distrutto in parte, ove la rendita della parte che resta, sia sufficiente per

---

[1] Vedi Proc. verb. cit. loc. cit.
[2] Vedi Proc. verb. cit. loc. cit.

pagarlo interamente; se non sia sufficiente non è tenuto a pagare il canone che fino alla concorrenza della vendita; però in ambedue le ipotesi può rinunziare al suo diritto, retrocedendo il fondo al concedente (art. 1559). Peraltro le parti possono modificare queste regole; così per esempio, può essere pattuito che l'enfiteuta abbia diritto a riduzione del canone, quando la rendita sia minore della metà (art. 1557).

In secondo luogo l'enfiteuta deve pagare tutte le imposte prediali e tutti gli altri pesi che gravano il fondo (art. 1558), salva convenzione in contrario (art. 1557). [1]

Infine l'enfiteuta deve migliorare il fondo (art. 1556 e 1565 2°). L'obbligo di migliorare è dell'essenza del contratto, in questo senso che, esoneratone quegli cui si conceda il fondo, non si avrebbe più un'enfiteusi, ma o una locazione o un usufrutto. [2]

283. Quanto al concedente, oltre il diritto del canone e della devoluzione del fondo enfiteutico, può ogni ventinove anni chiedere la ricognizione del proprio diritto da chi si trova nel possesso del fondo enfiteutico, affine di rimuovere ogni pericolo di prescrizione (Vedi l'art. 2136). Per l'atto di ricognizione non è dovuta alcuna prestazione; le spese di essa però sono a carico del possessore del fondo (art. 1563).

Ma il concedente non ha il diritto di prelazione, neppure nel caso in cui l'enfiteuta disponga del fondo enfiteutico per atto tra vivi, a titolo oneroso.

284. La enfiteusi può estinguersi, oltre che per le cause generali della scadenza del termine, della rinunzia, del verificarsi della condizione risolutiva e dell'annullamento del titolo del concedente in base del quale la fece, per queste tre cause:

1° Per il perimento totale del fondo enfiteutico; come se un fiume vi stabilisca il suo alveo; ma se lo abbandoni, o lentamente lo restituisca, l'enfiteusi rinasce (art. 1560). Se

---

[1] Consulta C. C. Firenze, 30 dicembre 1869, B. XXI, 1, 901.

[2] Non osta l'articolo 1565.

poi il fondo non sia distrutto che in parte, l'enfiteuta può rinunziare al suo diritto, retrocedendo il fondo al concedente, ove la rendita della parte che resta non sia maggiore del canone che deve pagare (art. 1560 alinea). Molto più gode di tale facoltà, se la rendita della parte rimasta sia minore del canone, quantunque non sia tenuto in tal caso a pagare il canone che fino alla concorrenza della rendita (arg. *a maiori* art. cit.). Ma fatta la rinunzia, non potrà pretendere di essere rinvestito del diritto enfiteutico nel caso che il fondo torni al suo primiero stato;

2° Per l'affrancazione. L'enfiteuta può sempre e non ostante qualunque patto in contrario, affrancare il fondo enfiteutico mediante il pagamento di un capitale in danaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale, od al valore dello stesso canone, se è in derrate, sulla base del prezzo medio di queste negli ultimi dieci anni (art. 1557). Le parti possono tuttavia convenire il pagamento di un capitale inferiore a quello sopra accennato. Ove si tratti di enfiteusi concessa a tempo determinato e non eccedente i trent'anni, possono anche convenire il pagamento di un capitale superiore che non potrà però eccedere il quarto di quello sopra stabilito (art. 1564); [1]

3° Per la devoluzione. Il concedente può chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico, qualora l'enfiteuta non preferisca di redimerlo a norma della regola or ora esposta, in questi due casi cioè; *a)* se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi; *b)* se l'enfiteuta deteriora il fondo o non adempie l'obbligazione di migliorarlo. Ma i creditori dell'enfiteuta possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, valendosi anche all'uopo del diritto di affrancazione spettante all'enfiteuta, offrire il risarcimento dei danni e dare cauzioni per l'avvenire (art. 1565).

---

[1] Consulta il Processo verbale, n. 50.

285. Nel caso di devoluzione, le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti. Nel caso di affrancazione le ipoteche acquistate contro il concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione (art. 1567).

Per quanto concerne le servitù acquistate per il fondo enfiteutico o sopra a questo imposte, deve osservarsi nei casi dell'affrancazione e della devoluzione la disposizione dell'articolo 665, come in qualunque altro caso di estinzione dell'enfiteusi (art. 1567).

Inoltre nel caso di devoluzione, l'enfiteuta ha diritto al compenso pei miglioramenti da esso fatti al fondo enfiteutico (art. 1566 princ.).

Tale compenso è dovuto sino alla concorrenza della minor somma che risulta tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio del fondo, se la devoluzione è avvenuta per colpa dell'enfiteuta (art. cit. alinea 1°).

Ove la devoluzione avvenga per la scadenza del termine fissato all'enfiteusi, il compenso è dovuto in ragione del valore dei miglioramenti al tempo del rilascio (art. 1566 alinea ult.).

APPENDICE

L'articolo 1314 più o meno sussidiato dall'articolo 1932 8° dà luogo ad una delle più gravi e vitali controversie che finora siano sorte intorno al nostro diritto civile; imperocchè trattasi di sapere se l'atto pubblico o la scrittura privata sia richiesta dal detto articolo *ad solemnitatem* o *ad probationem*: e se perciò le convenzioni e gli altri negozi o affari indicati dal medesimo, possano provarsi con tutt'i mezzi che sono di diritto comune o almeno con alcuno di essi, quando siano fatti verbalmente.

L'avvocato signor Tito Rossi in una sua monografia pubblicata nella *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli (XXII, 330-333), sostiene che l'atto pubblico o la scrittura privata è richiesta *ad probationem*; e sembra che professi tale dottrina in termini così assoluti da ammettere, in mancanza dell'uno o dell'altra, ogni mezzo di diritto comune per far la prova di dette convenzioni. Imperocchè egli scrive « l'articolo 1314, che stiamo esaminando, tiene *esclusivamente* alla prova. Se *occorra provare* la convenzione traslativa di proprietà immobiliare sia tra le parti sia di fronte ai terzi, si dovrà farlo per scrittura pubblica o privata, essendo questo il comandato modo di prova, a pena di nullità della convenzione. Ma se la convenzione medesima non occorra provarsi, in quanto che *ne consti aliunde*, allora il nostro articolo 1314, attenente *esclusivamente* alla prova, non può affatto procedere per la necessaria ragione che non si dà prova di prova; *probatum non indiget probationis*. In quella vece milita l'articolo 1932 8° per cui alla deficienza di atto scritto ripara la trascrizione delle sentenze che *dichiarano l'esistenza*

di una convenzione verbale traslativa di proprietà immobiliare. E di grazia, se non fosse così quando mai si applicherebbe questa disposizione? » In conseguenza delle quali cose egli reputa che sostanzialmente l'articolo 1314 debba leggersi, come fosse così redatto — *Rispetto alla prova* devono farsi ecc.

Dopo lui la stessa dottrina è propugnata con molta maestria dal signor Natoli nel suo saggio d'interpretazione dell' articolo 1314 sopracitato, pubblicato nel rinomato *Archivio giuridico* diretto dall' illustre professor Serafini (XII, 445-458); ma egli la limita e l' applica a due soli mezzi di prova, cioè, alla confessione giudiziale e alla ratifica, coi quali perciò egli riesce a conciliare l' articolo 1314 coll' articolo 1932 8°. Anch' esso in fine reputa che nell' articolo 1314 doveva dirsi: debbono *provarsi* piuttosto che debbono *farsi*.

Al contrario l' avvocato signor Mario Reggio nella sua dotta monografia pubblicata nella *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli (XXII, 310 e seg.), ritiene che l' atto pubblico o la scrittura privata sia richiesta dal sopracitato articolo *ad solemnitatem*. Concilia poi l' articolo 1932 8° coll'articolo 1314, dichiarando sanabile colla ratifica espressa o tacita la nullità pronunciata da quest' ultimo; sicchè può esser pronunciata una sentenza dichiarante l'esistenza giuridica di un' alienazione verbale di beni immobili.

La stessa dottrina è insegnata dall' egregio professor Loru nella sua lettera al sunnominato signor Rossi (*Gazzetta dei Tribunali* di Genova, XXI, num. 557 e seg.); ma non ammette che la nullità comminata dall' articolo 1314 possa essere sanata colla conferma. Per escluder quindi l'antinomia fra l'articolo 1314 e il 1932 8°, limita la disposizione di questo alle convenzioni verbali di liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni (art. 1932 8°).

La esimia direzione della *Giurisprudenza* di Torino segue la stessa dottrina, e reputa insanabile la nullità pronunziata dall' articolo 1314. Tuttavia per conciliare l' articolo 1314 col 1932 8°, prosegue dicendo « suppongasi una vendita di stabili fatta verbalmente: uno dei contraenti chiede giudizialmente all' altro l'esecuzione del contratto: il convenuto invece d' impugnarlo di nullità, si dichiara disposto ad eseguirlo, e solo muove contestazioni sul tempo e sul modo del pagamento del prezzo. La sentenza che pronuncia su queste contestazioni sarebbe appunto una di quelle prevedute dall' articolo 1932 8°; essa infatti non pronuncerebbe la nullità della convenzione verbale predetta, ma, rispettando i limiti del tema della controversia svoltasi in giu-

dizio, ne dichiarerebbe l'esistenza provvedendo alla sua esecuzione con risolvere le questioni sollevate dalle parti in merito di essa. Ora tale sentenza sarebbe soggetta a trascrizione per l'articolo 1932 8°. »

Finalmente l'avvocato signor Lai, condirettore del *Legista*, è d'avviso che l'atto pubblico o la scrittura privata è richiesta come una condizione della validità degli atti enunciati dall'articolo 1314, e nulla più; il motivo di questa formalità è riposto nella convenienza e utilità di accertare una certa ponderazione nel volere dei contraenti che nasca il dato rapporto giuridico. Da questo principio, in così fatta guisa motivato, egli deduce *a*) che non si può invocare un principio di prova scritta; *b*) che non si può provocare la confessione, nè deferire il giuramento; *c*) che lo stesso convenuto può ammettere di aver dato il consenso e in pari tempo dichiarare che non intende di mantenere la sua promessa, mettendosi sotto la salvaguardia della legge che ritiene tale promessa, come inconsiderata; perchè non rivestita delle forme legali; *d*) che però l'eccezione derivante dalla sanzione di nullità dichiarata dalla legge è nel libero esercizio dei contraenti, in favore dei quali è introdotta e possono in conseguenza rinunziarvi. [1]

Siccome risulta da questa semplice esposizione, non v'ha accordo in tutti i punti fra i seguaci della medesima dottrina; mentre al contrario in alcuni punti le due opposte dottrine convengono fra loro.

Due ricerche adunque è necessario di fare nel presente stato della quistione; importando di decider prima, se l'atto pubblico o la scrittura privata sono richieste dall'articolo 1314, *ad solemnitatem* o *ad probationem;* e di eliminare sia nell'una, sia nell'altra dottrina le discordanze tanto nella sua portata, quanto nelle sue speciali applicazioni. In questa seconda ricerca verrà a risultare, se esista o no antinomia fra gli articoli 1314 e 1932 8°.

Nella disamina che vado a fare, considero per accettata comunemente la dottrina che distingue le forme degli atti in sostanziali e probatorie; in forme, cioè, richieste *ad solemnitatem*, e che *dant esse rei;* e in forme richieste *ad probationem tantum*. Il signor Natoli reputa invece che la scrittura in nessun contratto possa essere elemento sostanziale. Alla stessa dottrina inclina nell'ordine dei principî il signor Lai; nè a ciò si arresta; poichè censura eziandio la distinzione comunemente ricevuta delle formalità solenni e di quelle probanti. La

---

[1] *Il Legista*, Giornale di Legislazione e Giurisprudenza (III, 1-10; 97-103).

quistione nello stato presente della legislazione sarebbe puramente teorica, e perciò qui fuor di luogo.

Entrando senza più in merito, tutto il ragionamento della dottrina, che per brevità chiamerò delle *probationes,* si riassume in questa proposizione: perfezionandosi la vendita e la permuta col consenso, giusta le formali disposizioni degli articoli 1448 e 1550, l' atto pubblico o la scrittura non può essere richiesta, come forma *quae dat esse rei,* ma come mezzo di prova. Per dimostrare questa conclusione s'invoca il diritto romano, si chiama in sussidio la dottrina e la giurisprudenza francese, si trae profitto sebbene in senso negativo del Codice albertino; e finalmente si adoperano, e i lavori preparatori del Codice civile, e le varie disposizioni di questo che sono comprese nel sistema delle prove. Come si vede, la quistione non poteva esser esaminata più dottamente e ampiamente.

Ma quanto al diritto romano, è stato già osservato giustamente dal signor avvocato Reggio, che « la storta del diritto romano non esercita la menoma influenza nella presente quistione. I romani non conoscevano affatto la teoria dei contratti solenni, ove la scrittura forma condizione della loro validità. Questa teoria ha la sorgente nella legislazione francese, che poscia trasfusa nel Codice di quell' impero venne adottata nel Codice delle Due Sicilie. È vero che anco i romani avevano dei contratti i quali *perficiebantur literis,* ma questi non erano i contratti solenni di cui si fa cenno nei Codici Napoleone e delle Due Sicilie. »

Quanto alla dottrina e alla giurisprudenza francese, in sè certamente eccezionabili, non possono invocarsi con efficacia nel diritto patrio; perocchè l' atto scritto non è richiesto dal Codice napoleonico *sotto pena di nullità :* sarebbe stato almeno necessario di dimostrare che nonostante tale comminatoria, i due diritti francese e italiano sono identici. Il signor Rossi ha forse avuto in animo di fare tale dimostrazione; ma a mio avviso esso o ha soppresso quella comminatoria, o è riuscito al punto opposto a quello a cui mirava. Invero, se secondando il suo desiderio, ci prestiamo a leggere l' articolo 1314 come se fosse redatto, *rispetto alla prova,* debbono farsi sotto pena di nullità gli atti ecc., siamo costretti a togliere ogni significato e valore alla comminatoria della nullità: imperocchè la sua formola equivale a quest' altra già adottata dal signor Natoli, *debbono provarsi,* ecc. Ora, che un mezzo di prova sia ammesso, o no, riguardo ad un atto, si comprende; si comprende pure che la prova in generale possa non essere ammessa per la sua inutilità — *frustra probatur, quod probatum non relevat* — ma che deb-

bono *provarsi* sotto pena di nullità gli atti ecc., che una prova debba farsi con un determinato mezzo sotto pena di nullità della prova medesima a me sembra inconcepibile. Per dare adunque un significato reale alla formola del signor Rossi, dovremmo sostanzialmente leggere l'articolo 1314, come se fosse redatto in questi termini presi ad imprestito dall' articolo 1341. Non è ammessa se non la prova per mezzo di atto pubblico o di scrittura privata — 1° delle convenzioni, ecc. — Ma in questa formola è sparita la comminatoria della nullità; questa invece è stata convertita in disposizione escludente ogni mezzo di prova che non sia atto pubblico o scrittura privata. In questo punto perciò il signor Rossi si troverebbe in contraddizione con se medesimo, mentre da una parte escluderebbe ogni mezzo di prova che non sia atto pubblico o scrittura privata; dall' altra ammette esplicitamente tutti i mezzi che sono di diritto comune.

Se poi il signor Rossi voglia mantenere nell' articolo 1314 la comminatoria della nullità; allora egli deve necessariamente riferire la nullità medesima alle convenzioni e agli atti indicati dal medesimo articolo. Invero, valendomi delle parole del signor avvocato Reggio, « la voce nullità sintetizza una qualità concepita astrattamente, a dirla grammaticalmente, un aggettivo sostantivato. » Or questa qualità espressa in modo di un sostantivo a chi si appartiene nella lezione dell' articolo 1314? Evidentemente alla voce che siegue *convenzione*. Ecco il testo: « devono farsi per atto pubblico o per iscrittura privata sotto pena di nullità le convenzioni che trasferiscono proprietà immobiliare. » Domando. Cosa deve farsi a pena di nullità? La convenzione. Dunque la nullità sta in rapporto colla convenzione, non in rapporto colla prova.

Ma allora è impossibile di non considerare l' atto pubblico o la scrittura privata, come *forma* della medesima convenzione; invero, posto che la mancanza dell' uno e dell' altra produce la nullità della convenzione, l' uno e l' altra costituiscono necessariamente un elemento della sua validità; cioè l' elemento estrinseco, la *forma*.

La stessa cosa risulta da innumerevoli testi. Infatti il citato articolo nel n. 8 dispone doversi fare per atto pubblico o per iscrittura privata oltre le sette specie di atti nominati nei sette numeri precedenti, gli altri atti specialmente indicati dalla legge. Or chi può dubitare che l' atto autentico non sia richiesto dall' articolo 181 non solo per la validità, ma eziandio per la esistenza del riconoscimento? Del pari chi negherà che l' atto pubblico o la scrittura privata non sia la forma richiesta dall' articolo 1978 per la validità della ipoteca convenzionale? Ma vi sono due articoli di legge ancor più decisivi, almeno

per la presente quistione e contro la dottrina che insegna, essere l'atto pubblico o la scrittura privata richiesti dall'articolo 1314 *ad probationem*, e non *ad solemnitatem*; sono gli articoli 1310 e 1311: giusta il primo non si possono sanare con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo in modo assoluto *per difetto di formalità*; a termini del secondo la conferma o ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa dal donante o dal testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinunzia ad opporre *i vizi delle forme* e qualunque altra eccezione.

In entrambi questi articoli le formalità, le forme sono senza controversia gli elementi estrinseci richiesti per la validità o per la stessa esistenza degli atti; gli elementi estrinseci richiesti *ad solemnitatem* e non *ad probationem*. In entrambi questi articoli sono compresi senza dubbio gli atti indicati dall'articolo 1314: è ammesso ciò dagli stessi propugnatori della dottrina che esaminiamo. Se queste due proposizioni sono vere, e a mio avviso non può dubitarsene, rimane persino fuori di controversia che l'atto pubblico o la scrittura privata è richiesta dall'articolo 1314, non *ad probationem tantum*, ma *ad solemnitatem*. Del resto lo stesso Natoli, quasi sopraffatto dalla evidenza della verità logica e giuridica ne dice che la scrittura è richiesta per l'*efficacia* legale del *contratto*;[1] che la esecuzione o la ratifica del contratto ne sana la nullità.[2] Dello stesso avviso sarebbe il signor Lai, se credesse di accettare la comune distinzione or ora ricordata.

I lavori preparatori del Codice confermano le anzidette deduzioni testuali. Valga il vero; il senatore Vacca discorrendo intorno alla forma della vendita, scriveva « La Commissione rivolse primamente l'esame alle *condizioni di validità estrinseca* della vendita, o in altri termini alle *forme* dalla legge prescritte..... E indarno si verrebbe obbiettando che l'intervento legislativo farebbe offesa al principio della libertà e dell'arbitrio di se stesso nelle civili transazioni; imperocchè, se ponete questo principio incondizionato ed assoluto, vi faranno allora difetto le ragioni di giustificare la necessità sostanziale della scrittura e nel contratto di matrimonio, e nelle donazioni, e nella costituzione dell'ipoteca, e nella vendita della nave ai termini delle leggi commerciali. » Notate bene, il senatore Vacca pone sostanzialmente allo stesso livello l'atto pubblico (o la scrittura privata) per la vendita, e l'atto

---

[1] Pag. 448.
[2] Pag. 454.

pubblico pel contratto di matrimonio e di donazione; anzi li considera come due cose identiche; imperocchè entrambe sono desunte dalle *medesime ragioni*. Se adunque l'atto pubblico è *solemnitas* nel contratto di matrimonio e di donazione, è del pari *solemnitas* nella vendita.

Quando il Progetto Pisanelli modificato dalla Commissione del Senato fu discusso per sommi capi nella Camera elettiva, il deputato Ninchi, censurando la legge che prescrive atti pubblici o scritture private per la validità delle convenzioni, considera questi quali *forme* speciali richieste come elementi estrinseci della validità delle medesime..... negli atti, così egli a più riprese, pei quali la legge esige una *forma* speciale.... fatto il conto di tutti questi atti della vita civile ai quali la legge impone una *forma* speciale, restrittiva ecc...... computati quelli atti che la legge non considera *validi*, se non sono accompagnati da certe formalità.

Finalmente l'argomento fu ampiamente discusso in seno alla Commissione di coordinamento. Non nascondo che in quella discussione il più fu detto sotto l'aspetto della prova. Ma questo indirizzo preso dalla discussione rimane perfettamente giustificato dalla circostanza che ritornandosi all'esame delle obbligazioni si cominciò dalle osservazioni generali e dalle proposte concernenti la prova delle medesime, ventilando i tre sistemi possibili.[1] Ma infine il Presidente, che era lo stesso senatore Vacca divenuto ministro Guardasigilli, considerò l'atto pubblico e la scrittura, come elementi essenziali dei modi di traslazione della proprietà e di altri diritti; mantenendo così il suo primo pensiero che essi siano *solemnitates* e non *probationes*. Invero egli dichiarava « che quanto a lui ravvisando essere di sommo interesse pubblico, lo assicurare la maggior esattezza e stabilità delle proprietà immobiliari, e il circondarle perciò di quelle guarentige che somministra l'atto pubblico, egli vorrebbe, che la proprietà e i diritti reali sopra beni immobili non potessero trasferirsi che con un atto pubblico. Che però ben sapendo come queste esigenze dell'atto pubblico riescano generalmente meno accette, e arrida invece generalmente l'idea di lasciar libera ad ognuno entro certi discreti confini la tutela dei proprî interessi, egli accetta il progetto della Commissione senatoria. Dichiara inoltre che non potrebbe poi mai consentire alla proposta di emancipare la traslazione delle proprietà immobiliari

---

[1] Vedi Proc. verb. pag. 397.

da ogni qualsiasi scritto. » Ci occorrerà in appresso di valutare questa importantissima dichiarazione e le sue ragioni.

Qui invece debbo fare un' osservazione intorno all' apprezzamento fatto dall' avvocato signor Natoli sopra una proposizione detta dal commissario G. De Foresta in seno alla Commissione di coordinamento. Questi per giustificare la disposizione dell' articolo 1314, diceva che « applicando agli atti quivi indicati, il sistema generale delle prove testimoniali, si andrebbe incontro ad un altro grave inconveniente, cioè a quello di far ammettere questa prova pericolosa in ciò appunto, che è il più importante e il più delicato, cioè se vi sia stato contratto perfetto, anche quando ecc. » Il signor Natoli fa seguire la proposizione *se siavi stato contratto perfetto*, da questa dichiarazione: *la scrittura dunque non perfeziona il contratto, ma porge la prova più certa della sua perfezione.* Ma di grazia, il De Foresta non discorreva forse *in ipotesi* soltanto? E allora come può dedursene che anco non seguíto il sistema che si condanna, il contratto sia *in tesi* perfezionato senza scrittura?

Ripeto però che parole, espressioni e proposizioni più gravi trovansi nel verbale della discussione nel senso ricercato dal signor Natoli; senza che peraltro possa attribuirsi loro molto valore.

Ma è tempo omai che esaminiamo la quistione nel suo vero precedente storico che è il Codice albertino. Questo prescriveva nel suo articolo 1412; doversi fare per atto pubblico parecchie delle convenzioni indicate dal nostro articolo 1314, ed altre ancora; in altri articoli esigeva la medesima formalità per altri atti, raccolti poi dal nostro legislatore sotto il medesimo articolo 1314.

Che l'atto pubblico nell' anzidetto Codice fosse richiesto *ad solemnitatem*, è stato sempre fuori di controversia, resa d'altra parte impossibile dall'articolo 1413; dichiarando questo, come non avvenuti i contratti menzionati nell' articolo 1412, ove fossero stipulati senza atto pubblico.

Il nostro Codice civile non ha riprodotto nella sua forma l'articolo 1413 del Codice albertino; ma in sostanza contiene la medesima disposizione formulata nella clausola « sotto pena di nullità », inserita nell' articolo 1314. In altri termini nel nostro Codice sono fuse in una sola disposizione, nell' articolo 1314, le due disposizioni degli articoli 1412 e 1413 del Codice albertino. Non si creda che asserisca senza prova. Che cosa contiene l' articolo 1413 del Codice albertino? La sanzione dell' articolo 1412; la dichiarazione di nullità dei contratti menzionati nell' articolo 1412 suddetto, per essere stati fatti senza atto pubblico. Che cosa contiene l' articolo 1314 del Codice civile italiano

nella clausola « sotto pena di nullità? » Null' altro che la sanzione della sua prescrizione; che siano fatti per atto pubblico e per scrittura privata gli atti che enumera.

E questo medesimo precedente storico toglie ogni valore agli argomenti estrinseci tratti dal luogo, ove nel Codice è scritto l' articolo 1314, nel luogo, cioè delle prove; perocchè nel medesimo luogo sono scritti gli articoli 1412 e 1413 del Codice albertino. Il carattere di una disposizione si desumerà con sicurezza da essa medesima, cioè dalla sua ragione, dal suo scopo, e non dal luogo che occupa nel Codice: specialmente quando gli stessi compilatori di esso hanno dichiarato in maniera esplicita, che l'ordinamento delle materie evvi tutt'altro che perfetto. La raccolta poi che si è fatta in un solo luogo nel Codice patrio, di tutte le disposizioni concernenti le forme degli atti sparse, sovente con ripetizione, qua e là nel Codice albertino, spiega il perchè in quello sono state soppresse nelle leggi de' singoli atti, e toglie ogni valore all' altro argomento estrinseco desunto da tale soppressione dai seguaci della dottrina che combattiamo.

Ma l' articolo 1314, inteso nel senso che contenga una disposizione relativa alle *solemnitates* e non alle *probationes*, non si troverà in manifesta contradizione coll' articolo 1125, dove si proclama il principio che la proprietà si trasferisce per via di consenso, e cogli articoli 1448 e 1550, dove si determina l' indole consensuale della vendita e della permuta? Questa obbiezione è mossa dai nostri avversari. Ma già il signor avvocato Reggio aveva replicato giustamente, che gli articoli suddetti e specialmente i 1448 e 1550 segnano la regola generale che le vendite e le permute sono contratti consensuali *qui perficiuntur solo consensu*. L' articolo 1314 eccettua le vendite e le permute di proprietà immobiliare, le quali per il loro perfezionamento giuridico hanno bisogno della scrittura pubblica o privata. Questa replica non è punto arbitraria o cercata a comodo. Essa è desunta, per così dire, dalle viscere del sistema seguíto dal nostro legislatore; tanto che trovasi non solo in germe ma anche pienamente svolta nelle dichiarazioni del guardasigilli Vacca fatte in seno alla Commissione di coordinamento, e sopra riferite e che qui giova di ripetere.... egli vorrebbe, che « la proprietà e i diritti reali sopra beni immobili non potessero trasferirsi che con un atto pubblico ». Aggiungerò colla Corte di Lucca, che gli articoli 1448 e 1550 fissano gli elementi intrinseci dei sunnominati contratti; mentre l'articolo 1314 stabilisce la forma esteriore dei medesimi; talchè si completano a vicenda. [1]

---

[1] Lucca, 13 luglio 1871, Legge, XI, 840.

La dottrina delle *solemnitates*, che sosteniamo, viene in fine confermata dall' articolo 93 del Codice di commercio, siccome giustamente e sagacemente osserva la sullodata Corte di Lucca.

L' atto pubblico o la scrittura privata è richiesta dall' articolo 1314 per gli atti in esso indicati, come forma e non come prova de' medesimi, giusta i risultamenti delle cose discorse finora.

Le suesposte ragioni valgono pure a dimostrare che la teorica del signor Lai non ha fondamento nel nostro diritto scritto.

Ma forse non è questa la quistione più grave e interessante. Secondo me, la quistione gravissima e interessantissima, almeno nell'ordine pratico, sta nel determinare, se la mancanza dell' atto pubblico o della scrittura privata produca la nullità delle convenzioni o impedisca che queste si formino; e se nel primo caso la nullità che è necessariamente assoluta, sia o no sanabile o riparabile. Perciocchè è appunto da questa quistione che dipendono i disaccordi fra i seguaci della medesima dottrina, e gli accordi, per quanto speciali fra i seguaci delle due opposte dottrine.

Non dispiaccia che prima di entrare nell' esame di così fatta quistione, richiami alcune nozioni più importanti e in diretta relazione, colla medesima.

Nei testi de' nostri codici è adoperata generalmente la parola *nullità*, o l' espressione *atto nullo*. Ma vi figurano eziandio la voce *annullamento*, o la espressione *atto impugnato*. S' incontrano pure le voci di *rivocazione*, *risoluzione* e *rescissione* degli atti; esse però non esprimono idee appartenenti strettamente al presente tema. Perciocchè l' atto risolubile o rivocabile è quello che può perdere la sua efficacia per un avvenimento posteriore alla sua formazione od anche alla sua esecuzione; e rescindibile è l' atto che ha tutte le condizioni richieste per la sua validità, ma può essere invalidato per il pregiudizio o la lesione soverchiamente grave che arreca ad una delle parti contraenti. Mentre al contrario la nullità dell' atto presuppone la mancanza di uno degli elementi costitutivi della sua validità o della sua essenza o esistenza.

La voce *nullità*, è adoperata quasi sempre per indicare che l' atto manca di alcuna delle condizioni richieste per la sua *validità*. Prendasi, per esempio, il capo VI, tit. V, libro I del Codice civile, e la sezione VII, capo IV, tit. IV, libro III dello stesso Codice; che trattano esclusivamente di questa materia. Nel primo trovansi le regole concernenti i matrimoni che non sono validi o per mancanza di una delle condizioni intrinseche positive o negative, o delle condizioni estrinseche richieste per la validità del matrimonio. La seconda contiene le regole

riguardanti la nullità dei contratti o per vizio del consenso o per incapacità dei contraenti.

Tuttavia, l' espressione *atto nullo* è nell' articolo 1036 del Codice civile adoperata incontrastabilmente a indicare un atto cui manca un elemento essenziale alla sua esistenza; in quanto l' atto pubblico è richiesto nella donazione come *forma quae dat esse rei;* perciò mancando essa, manca all' atto il suo essere, la sua esistenza: esso non esiste. In appresso toccherò di altri articoli del Codice civile e dell' articolo 56 del Codice di procedura civile.

L' uso promiscuo della voce *nullità*, o dell' espressione *atto nullo*, ha dato causa a molte inesattezze e a non pochi errori. L' uso ordinario poi di quella voce ed espressione nel senso sopraindicato, ha indotto alcuni giureconsulti anche eminenti a confondere talmente gli atti semplicemente invalidi con gli atti inesistenti che si è ritenuto averla essi persino negata.[1]

Da ciò apparisce quanto sarebbe conveniente e utile di adoperare nei testi di legge e dopo essa nella giurisprudenza e nella dottrina due termini ben distinti. Finora gl' interpreti non sono riusciti a suggerire due termini che fossero accolti dalla scuola e dalla giurisprudenza; cosicchè per indicare con precisione la qualità dell' atto, si suole il più delle volte determinare il significato delle voci ed espressioni adoperate con aggiunte esplicative; come, per esempio: atto *nullo* o *inesistente* o *non avvenuto;* atto *nullo* o *annullabile* o *soggetto a nullità.*

Atteso il senso ordinario in cui è usata nella legge la voce *nullità* e l' espressione *atto nullo*, reputo miglior partito di contrapporre loro la voce *inesistenza* e l' espressione *atto inesistente.* Queste, è vero, non si leggono mai nei testi delle nostre leggi; ma tralasciato di osservare ch' esse regolando gli atti, ne presuppongono l' esistenza, e ne dichiarano in pochissimi casi l' *inesistenza* con la voce *nullità*, o l' espressione atti *nulli*, e financo coll' espressione atto che *può annullarsi*, intese in quel senso, solo allora che è dipendente dalla mancanza di una forma sostanziale; certo è che questa voce e quella espressione indicano con tanta precisione il concetto giuridico da rimuovere ogni pericolo d' inesattezza, di confusione e di errore; esse inoltre sono raccomandate dall'uso già abbastanza comune che ne fanno i giureconsulti più autorevoli.

Ma lasciata la parola, veniamo alla cosa. Un atto allora si dice *inesistente*, o (usando sinonimi), deve ritenersi come non fatto, o con-

---

[1] Consulta Marcadé, *Préface*, pag. 5.

siderarsi come non avvenuto, quando non riunisce gli elementi di fatto che la sua natura o il suo obbietto suppongono e i quali mancando, è logicamente impossibile di concepirne l'esistenza; o quando non riunisce le condizioni o le solennità sostanziali o indispensabili alla sua esistenza, giusta la lettera e lo spirito della legge. Quindi pel primo capo è inesistente un matrimonio contratto da due persone del medesimo sesso, o un contratto o un testamento fatto da persona incapace di consenso, o una vendita senza oggetto o prezzo; pel secondo capo è inesistente il matrimonio che non sia stato contratto avanti un uffiziale dello stato civile; una donazione fatta verbalmente o per iscrittura privata; un contratto di matrimonio formato senza pubblico istrumento; un atto dello stato civile non iscritto sui registri dello stato civile e atti simili.

L'atto al contrario è nullo, o (usando sinonimi), è annullabile, invalido, inefficace, quando ha esistenza giuridica, ma soggetta ad essere annullata, per essersi violato un precetto o un divieto della legge. Quindi è nullo il matrimonio contratto avanti un uffiziale dello stato civile incompetente; è del pari nullo un contratto formato con consenso dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo, e in generale tutti gli atti fatti da persone incapaci senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge nel loro interesse. Ricorderò appena che un atto può esser nullo in modo assoluto o in modo relativo; ma sembrami non superflua l'avvertenza che neppure la *nullità assoluta* di un atto è la cosa stessa che l'*inesistenza* del medesimo: l'atto *assolutamente nullo* ha pur sempre esistenza giuridica: il carattere di *assoluta* che abbia la nullità, la rende proponibile da ogni persona interessata, a differenza della nullità *relativa* che è proponibile da alcune persone soltanto. E ciò è vero anche allora che la *nullità assoluta* non è riparabile o sanabile: in tale ipotesi l'atto può esser annullato in perpetuo; ma rimane sempre fermo che esso esiste giuridicamente, finchè non venga dichiarato nullo; così, per esempio, il matrimonio contratto avanti un uffiziale dello stato civile incompetente è nullo in modo assoluto; per forma che tale nullità può essere dimandata da ogni persona interessata; ma finchè non venga dichiarato nullo, trovasi in istato d'implicita validità. Più ancora, trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio, la dimanda di tale nullità non è più ammessa; in altri termini il matrimonio nullo per incompetenza dell'uffiziale dello stato civile, si è convalidato col decorso di un anno. Del pari un matrimonio contratto senza la presenza de' testimonii è nullo in modo assoluto ed irreparabile; tuttavia esso trovasi in istato d'implicita validità, per tutto il tempo

anche lunghissimo, che trascorrerà dalla sua celebrazione al suo annullamento. Al contrario, lo ripeto, il matrimonio che sia stato contratto avanti il parroco, il prefetto, il pretore e non avanti l' uffiziale dello stato civile, non ha avuto esistenza giuridica neppure un istante; come non ha potuto incominciare ad aver esistenza un matrimonio contratto da ogni persona che nel momento della celebrazione non era *compos sui*. Io dissi che tale avvertenza non era forse superflua, perchè mi è occorso di rilevare non tanto raramente che tanto nella giurisprudenza, quanto nella dottrina l' inesistenza si è scambiata per la nullità assoluta, irreparabile; e da questa confusione appunto alcuno fu tratto a negare che la dottrina degli atti inesistenti non è conforme alla legislazione positiva.

Stabilita in tal guisa la differenza fondamentale tra gli atti *inesistenti* e gli atti *nulli* o annullabili; si fa chiaro da se medesimo che l' inesistenza d' un atto è affatto indipendente da ogni dichiarazione giudiziale; in questo senso che l' atto inesistente da niuno può essere invocato e a niuno può esser opposto, sebbene tale non sia stato dichiarato dall' autorità giudiziaria; invero sarebbe assurdo che il *nulla* potesse giovare o nuocere a chicchessia; nè d' altra parte una sentenza niuno effetto può produrre intorno ad un atto inesistente. Tuttavia, ove una delle parti pretenda che l' atto esiste, e l' altra lo neghi, è chiaro che la controversia non può essere decisa che dall' autorità giudiziaria. Del pari, se esista l' *instrumentum* dell' atto inesistente, per esempio, l' atto di matrimonio contratto da una persona *incompos sui*, e questa trovi di suo interesse di distruggere anche tal titolo, per quanto apparente, dovrà adire la competente autorità giudiziaria, e fare annotare in margine a tale atto la sentenza che dichiari l' inesistenza del suo matrimonio.

Altra regola importantissima è, che l' atto inesistente non può mai convalidarsi nè colla conferma, nè colla prescrizione; perocchè la convalidazione suppone necessariamente la *esistenza* di un atto giuridico *invalido*; per forma che la convalidazione di un atto inesistente ci apparisce anch' essa un' assurdità; come il voler dare forma o qualità al nulla. [1]

Ultima regola pure importantissima, è che ogni giudice deve ricercare e dichiarare anche d' ufficio l' inesistenza di un atto. Così, per esempio, se una donna maritatasi soltanto canonicamente con un uomo

---

[1] Consulta Napoli, 5 agosto 1872, L. XII, 1, 1020.

dimandi a questo gli alimenti, il giudice può e deve anche d'ufficio respingere la domanda, mancando nell' attrice la qualità di moglie, base essenziale al diritto di alimenti.

Al contrario, ogni nullità sia relativa, sia assoluta, dev' essere dichiarata dall' autorità giudiziaria; non dandosi nullità di pieno diritto. È vero che l' articolo 335 del Codice civile dichiara nulli *di diritto* gli atti dell' interdetto, ma tale espressione è intesa evidentemente a indicare che la nullità de' medesimi dimandata che sia, deve essere dichiarata indipendentemente da qualunque indagine sullo stato mentale dell' interdetto o sul vantaggio o danno che può averne ritratto. Finchè ciò non avvenga, l' atto produce i suoi effetti, come se fosse perfettamente valido.

Se l' esistenza di un atto è invalida, essa può senza dubbio convalidarsi, a meno di formale divieto della legge. Dirò per principio generale che tutte le nullità relative sono riparabili o sanabili; le nullità assolute, irreparabili o insanabili. Ma mentre il primo principio è assoluto, ossia non va soggetto ad alcuna eccezione; il secondo ha qualche rarissima eccezione, come si verifica nel matrimonio nullo per mancanza di età legale degli sposi o per incompetenza dell' uffiziale dello stato civile.

Questa teoria, per quanto riguarda la nullità assoluta e relativa degli atti, è perfettamente conforme, per unanime consentimento, alla legislazione positiva. Ma rispetto alla inesistenza de' medesimi, essa, come ho accennato, fu contestata.

Che i giureconsulti romani distinguessero con cura gli atti inesistenti dagli atti nulli non v' ha dubbio. Il Savigny, riproduce in questi termini la teoria romana: « Nel mentre la *nullità* (*l'inesistenza* del nostro linguaggio), consiste nella semplice *negazione* del rapporto di diritto, l' atto *impugnabile* (l' atto *nullo* del nostro linguaggio) genera per un' altra persona, un diritto nuovo e di una natura contraria; questo diritto sussistendo in se stesso ha il suo scopo particolare che non è punto immutabile; esso perciò può essere distrutto in tutto o in parte, e in tal caso il diritto originario liberato da questo ostacolo, ritrova la sua efficacia primitiva; lo che non ha mai luogo nel caso di *nullità*. [1] » E proseguendo nota che « I giureconsulti romani sogliono distinguere accuratamente gli atti nulli e gli atti impugnabili; e v' hanno pochi casi in cui possa starsi in forse fra questi due caratteri;

---

[1] Trattato del diritto romano, cap. III, § 202.

le espressioni tecniche di cui si servono, sono nelle applicazioni più importanti chiare e non equivoche; tuttavia esse non hanno sempre questa rigorosa esattezza. [1] » Nè la loro dottrina era punto diversa da quella sopraesposta. Per toccarne un punto solo, ma il più importante e forse forse il meno compreso, ripeterò col Savigny essere opinione assai diffusa che quegli al quale un atto nullo arreca pregiudizio, abbia il diritto d'impugnarlo; e a tale oggetto gli si concede un' azione speciale sottò il nome di *querela nullitatis*. « Ma, egli prosegue, in realtà è superfluo, ed anche impossibile di dirigere un' azione contro un atto nullo, cioè che non esiste. Nel diritto trovansi compresi nella stessa categoria i seguenti atti, cioè: il testamento supposto, ossia che non è stato fatto dal testatore; il testamento di un impubere; il testamentò fatto alla presenza di sei testimoni; il testamento nel quale il figlio posto sotto la patria potestà oppure un *posthumus*, si trovi preferito. In tutti questi casi non esiste atto giuridico; e perciò non v' ha bisogno di azione per distruggerne l' apparenza, e niuno ha volontà da esprimere, nè diligenze a fare intorno ad esso. [2] » Nel Codice napoleonico la dottrina degli atti inesistenti (sebbene forse all' insaputa de' compilatori del medesimo, che pare non la conoscessero almeno in modo completo e preciso) è formalmente riconosciuta nell' articolo 146: « Il n' y a pas de mariage lorsqu' il n' y a point de consentement. » Riconosciuta pel matrimonio, è riconosciuta implicitamente per tutti i contratti, essendo il matrimonio pur sempre un contratto, per quanto avente caratteri speciali, morali e sociali. La stessa cosa dicasi di qualunque altro che non può formarsi, se non con un atto di volontà.

Nel Codice civile patrio non è stata ripetuta questa disposizione, non già per essere stata disconosciuta la cosa, non essendo per certo in potere del legislatore di fare che esista contratto senza consenso, ma per non inserirvi un principio meramente scientifico e affatto superfluo.

La dottrina degli atti inesistenti è incontestabile adunque, quando la loro inesistenza dipenda dalla mancanza di volontà di alcuna delle parti che avrebbe dovuto concorrere alla loro formazione.

Ma che è a dire degli atti, la cui inesistenza dipenderebbe dalla mancanza di formalità richieste dalla legge come elementi essenziali de' medesimi?

Nel Codice di procedura civile trovasi una disposizione che quantunque formulata inesattamente, riconosce in modo formale la dottrina

---

[1] [2] Tratt. del dir. rom., cap. III, § 202.

degli atti inesistenti. L'articolo 56 del detto Codice dispone: « Non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge. — Possono tuttavia annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza. — Non può pronunziarsi la nullità o la decadenza se non vi sia istanza d'una delle parti, salvo che la legge dichiari che debbano essere pronunziate d'uffizio. » Non mi fermo sulla prima parte di questo articolo: essa è la conseguenza del principio sopra ricordato, che nella nostra legislazione non si dà nullità di diritto, a differenza di quanto fu stabilito nel giure romano da Teodosio II.[1] Il comma che la segue, riconosce la sopradetta dottrina. Un atto che manchi di uno degli elementi che ne costituiscono l'essenza, non esiste punto. È insegnamento volgarissimo che il subbietto, l'obbietto e il consenso sono i tre elementi essenziali del contratto in generale; senza di questi non esiste contratto. È pure insegnamento volgarissimo che ogni contratto speciale ha il suo proprio elemento essenziale senza il quale esso o non esiste o muta natura. Tale è verbigrazia, nella compra e vendita il prezzo, senza del quale non esiste compra e vendita o avvi donazione. Ciò è vero anche allora che si tratti non di elementi intrinseci, ma di elementi estrinseci o delle forme degli atti. Un atto di nascita, di matrimonio, di morte, non iscritto nei registri dello stato civile, *non è atto* dello stato civile; un matrimonio contratto avanti il parroco *non è matrimonio civile.*

Il sopradetto comma adunque dispone evidentemente intorno agli atti inesistenti, e dichiara che tali sono, benchè ne manchi speciale dichiarazione della legge. Nulla di più esatto, di più vero, di più evidente: la legge non può fare che esista ciò che non esiste; sarebbe perciò superflua ogni dichiarazione intorno alla inesistenza degli atti.

Da ciò vien messa, direi quasi, in rilievo l'inesattezza della formola dell'anzidetto comma. Essendo inesistenti gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono la essenza, sostituendo alla definizione il definito, la disposizione del comma citato equivale perfettamente a quest'altro « Possono tuttavia *annullarsi* gli atti *inesistenti.* » Ma si riduce al nulla ciò che esiste e non mai ciò che non esiste. La formola esatta dunque sarebbe stata questa: « Può tuttavia dichiararsi l'inesistenza degli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza. »

---

[1] L. 5, C. de leg. I, 14.

Non si creda che la quistione sia di parole; chè non ci avrei insistito d' avvantaggio: essa è di sostanza. Ravvicinando al detto comma il seguente che è stato parimente sopra riferito, parrebbe che anco quando si tratti di atti inesistenti, fosse necessaria la dichiarazione di nullità, o meglio d' inesistenza dietro dimanda di una delle parti o dietro precetto della legge che la detta dichiarazione sia fatta d'ufficio. Or questa dottrina sarebbe manifestamente erronea: un atto giuridicamente non esiste, è un nulla, indipendentemente da ogni dichiarazione: quegli che lo ha compiuto o contro il quale è diretto, può non tenerne conto come del nulla: la dottrina solo vera, solo esatta intorno agli atti inesistenti è quella sopra ricordata. È superfluo ed anche impossibile, ripeterò anche una volta col Savigny, di dirigere un' azione contro un atto nullo, cioè, che non esiste.

La dottrina dell' inesistenza degli atti per mancanza di forma, quando questa costituisce un elemento della loro essenza, è in termini ancor più espliciti riconosciuta dall' articolo 93 del Codice commerciale: perciocchè dichiara che in mancanza della scrittura il contratto si ha come *non avvenuto*.

Ma torniamo senz' altro alla propostaci quistione, se cioè la mancanza dell' atto pubblico o della scrittura privata produca la nullità delle convenzioni, o impedisca che queste si formino; e se nel primo caso la nullità che è necessariamente assoluta, sia o no sanabile o riparabile.

Il precedente storico superiormente ricordato, cioè il Codice albertino, ci serve di validissimo argomento. Perciocchè se nel pensiero del legislatore, la clausola « sotto pena di nullità » inserita nell' articolo 1314, racchiude in sè la disposizione delll' articolo 1413 del Codice albertino, giusta le considerazioni superiormente svolte, è persino impossibile di dubitare che l' atto pubblico o la scrittura privata sia richiesta nel nostro diritto, come condizione essenziale all' esistenza degli atti indicati dal citato articolo 1314.

I motivi, per cui l' atto pubblico o la scrittura privata è richiesta, portano alla medesima conclusione. Non può essermi negato certamente d' invocare i motivi che suggerirono e giustificarono le identiche disposizioni legislative nel Codice albertino. Negli studi preparatori di questo si discusse, se conveniva o no, riconoscere per valide le convenzioni noverate dall' articolo 1412, ove fossero fatte per scritture private, ma colla clausola di ridurle a pubblico istrumento: la deliberazione ultima fu negativa. Essa fu presa dalla Commissione per motivo che « l' oggetto della legge che prescrive l' istrumento non è solo quello

di rendere perpetua la memoria dei contratti, e specialmente nelle transazioni di proprietà, ma quello altresì di garantire, per quanto è possibile, i contraenti da una improvvida facilità e dalle male arti di cui l' una potrebbe usare verso dell' altra nei contratti specialmente di maggiore importanza. Questa guarentigia si ottiene colla prescritta riduzione del contratto in atto pubblico. In questo il notaio ha l'obbligo di far ben comprendere alle parti il contenuto della convenzione, e la forza delle clausole che vi s' inseriscono, e, per l' uffizio pubblico di cui è rivestito, egli è in qualche modo il protettore dei contraenti, il quale pone mente alla libertà del consenso da essi prestato, non meno che alla capacità dei medesimi a ciò fare ». Nel Consiglio di Stato il Guardasigilli difese la medesima deliberazione cogli stessi motivi, dicendo: « che i contratti per cui è necessario l' atto pubblico sono quelli più importanti, e la disposizione ha due motivi: l' uno che vi sia una prova, la quale non possa essere controversa; l' altro che il contratto sia fatto con maggiore avvertenza; essendo assai più facile di carpire a taluno una scrittura privata che non un atto pubblico. » [1] Udimmo già il Guardasigilli Vacca dichiarare innanzi alla Commissione di coordinamento « essere di sommo interesse pubblico lo assicurare la maggiore esattezza e stabilità delle proprietà immobiliari, e il circondarle di quelle guarentige che somministra l' atto pubblico, che però ben sapendo come quest' esigenze dell' atto pubblico riescono generalmente meno accette e arrida invece generalmente l' idea di lasciar libera ad ognuno entro certi discreti confini la tutela dei propri interessi si piegava ad ammettere anche la scrittura privata ».

Potrebbe a primo avviso sembrare ad alcuno che, introdotta nel diritto patrio la scrittura privata, ed equiparata, quanto a forma di atti, all' istrumento autentico, sia stato mutato radicalmente il sistema del Codice albertino, e vengano meno del tutto nel Codice patrio i motivi sopraesposti.

No; i motivi sono rimasti nella loro integrità rispetto all' atto pubblico; sono rimasti in parte, ma dello stesso valore rispetto alla scrittura privata. Mi spiego: la legge lascia arbitri i contraenti di scegliere fra l' atto pubblico e la scrittura privata; riconoscendo giustamente che essi, meglio di ogni altro, sono giudici e custodi dei propri

---

[1] Motivi de' codici per gli stati Sardi, II, 370.

interessi. Se essi scelgono l' atto pubblico, allora si hanno in fatto tutte quelle guarentige avute in mira dalla legge medesima, prescrivendo quell' atto, e si ottengono quei provvidi risultamenti che essa ebbe pure in mira. Allora da una parte il notaio farà ben comprendere alle parti l' atto che è fatto, ed eserciterà il nobile ufficio di protettore dei contraenti; dall' altra è assicurata la maggiore esattezza e stabilità delle proprietà immobiliari; cioè si sarà convenuto in modo preciso, certo e stabile sulle indicazioni dello stabile, sulle servitù attive e passive, sulla libertà o no dei beni, sulle evizioni e su tanti altri oggetti che è impossibile, che vengano ben precisati oralmente e riferiti con esattezza dai testimoni. [1]

Se invece prescelgono la scrittura privata, mancando il notaio, mancheranno necessariamente tutte le ragioni del primo ordine; ma le seconde rimangono. E rimangono senza dubbio: perciocchè esse furono addotte dal Commissario Senatore signor De Foresta per sostenere appunto la disposizione prescrivente l' atto pubblico o la scrittura privata. E notate bene che le ragioni veramente di sommo interesse pubblico sono le seconde, siccome manifestamente risulta dal loro confronto. Invero le prime riguardano almeno principalmente l' interesse dei contraenti, mentre le seconde si riferiscono a cause d' interesse pubblico, quali sono appunto lo assicurare l' esattezza e la stabilità del movimento economico delle proprietà immobili, e il rimuovere il pericolo di liti inestrigabili: ripeto questi due fini si conseguono in generale meglio coll' atto pubblico che colla scrittura privata; ma pur sempre anco con questa si conseguono. Dissi in generale, perchè, se l' uno de' contraenti non sia un furfante, e l'altro un ingenuo, o se entrambi non siano inesperti, o non tanto superbi da dimandare il consiglio di persone esperte; colla scrittura privata que' due fini d' interesse pubblico possono raggiungersi col medesimo grado di esattezza e di stabilità. In una parola, l' ampliata facoltà de' contraenti di servirsi eziandio della scrittura è, direi quasi, un ritiro o una restrizione della tutela sociale fatta dall' autorità iu omaggio alla libertà individuale nello svolgimento storico delle nuove istituzioni liberali, per le quali nell' ordinamento sociale vanno sparendo le considerazioni soggettive; in quanto l' individuo vuole, può e deve provvedere a se stesso colla propria forza e virtù nell' orbita de' suoi rap-

---

[1] De Foresta, Process. verb. pag. 399.

porti e interessi privati; e rimangono solamente le oggettive, in quanto la cosa è materia dello stesso ordinamento.

Resta dunque dimostrato sino alla evidenza che l'atto pubblico o la scrittura privata è richiesta dall'articolo 1314 per motivi d'ordine pubblico. La loro mancanza adunque deve produrre necessariamente *almeno* la nullità assoluta dell'atto. Non essendo di questo avviso l'egregio signor Natoli, è necessario di chiarirlo. Egli, argomentando a *contrario sensu* dall'articolo 1310, decide: poter essere un atto nullo in modo *non* assoluto per difetto di formalità. Il modo non assoluto è un modo *relativo*. Si danno dunque degli atti nulli in modo relativo per difetto di formalità. Questa decisione è perfettamente esatta, quando si riferisca alle *abilitative*. La nullità degli atti fatti dalla donna maritata senza l'autorizzazione del marito o del tribunale; la nullità degli atti fatti dal padre o dalla madre, dal tutore o dal minore o dal maggiore interdetto o inabilitato, senza le formalità dell'autorizzazione del giudice e del consiglio di famiglia; dell'omologazione del tribunale; dell'assistenza del curatore, secondo i respettivi casi, sono nullità relative. Ma quella decisione è inammissibile, quando si riferisca a formalità solenni, a formalità risguardanti l'atto in sè, a forme che sono l'elemento *esteriore* dell'atto medesimo; e non la persona che deve farlo. Allora tutte le nullità sono assolute; perchè allora la formalità non può essere suggerita che da motivi d'interesse pubblico; chè altrimenti la legge restringerebbe ingiustamente la libertà individuale; sicchè la nullità è e non può essere che d'ordine pubblico.

Subentra allora un altro ordine d'idee; la nullità assoluta sarà sanabile o insanabile? Questa idea ha adombrato il signor Natoli quando dice: « parergli chiaro discendere dalle parole dell'articolo 1310, che la formalità della scrittura or sia richiesta in modo assoluto ed ora no, e che in questo secondo caso la legge dia facoltà di potervi, in suo difetto, *riparare* mercè la ratifica. » Egli quindi reputa insanabile la nullità della donazione, del contratto di matrimonio e del testamento; e sanabile quella degli atti indicati dall'articolo 1314. Ma con buona grazia del signor Natoli, questa sua decisione manca di dimostrazione. Essa poi è inaccettabile. Le nullità assolute sono per regola insanabili; atteso il loro motivo. Esse divengono sanabili eccezionalmente quando il loro motivo viene a cessare; e la legge non ha mancato di stabilire quest'eccezioni, quando in verità possono aver luogo; siccome appunto ha fatto secondo che poco anzi dicevo; rispetto alla nullità del matrimonio derivante da mancanza di età degli sposi, o da incompetenza dell'ufficiale dello stato civile. Ora da una parte il motivo per cui la

legge richiede l'atto pubblico o la scrittura privata per le convenzioni noverate dall'articolo 1314, non può venire a mancar mai; dall'altra parte la eccezione non è stata stabilita in alcun luogo.

Ritengo perciò che l'articolo 1310 sia applicabile agli atti nominati dall'articolo 1314, come alla donazione, e al contratto di matrimonio. E veramente, l'articolo 1056 dispone; doversi tutti gli atti di donazione fare per atto pubblico; altrimenti *sono nulli;* l'articolo 1314 doversi fare per atto pubblico o per scrittura privata, *sotto pena di nullità* le convenzioni ec. In entrambi è comminata la nullità. Or chi mi sa dimostrare che questa nullità non è identica nelle due disposizioni? Forsechè non dipende dalla medesima causa, cioè dal difetto di formalità? Forsechè non deriva da motivi del medesimo ordine, cioè d'ordine pubblico? L'ordine pubblico è certamente impegnato maggiormente nella donazione che negli atti onerosi. Ma le conseguenze di questa differenza sono state limitate dalla legge a due punti, cioè 1° a richiedere l'atto pubblico per la donazione anche delle cose mobili; mentre non è richiesto nè esso nè la scrittura privata nella vendita di cose mobili o di altre convenzioni di minore importanza; 2°, a rendere obbligatorio l'atto pubblico nella donazione; nel mentre per gli atti indicati dall'articolo 1314 è lasciata la scelta fra l'atto pubblico e la scrittura privata. Ogni altra differenza che voglia stabilirsi è fuori della legge, è arbitraria. Se stranamente fosse piaciuto al legislatore di stabilire una differente nullità in base a motivi non *differenti*, ma in base a *differenze* graduatorie del *medesimo* motivo, avrebbe dovuto dichiararlo, l'avrebbe dichiarato, non potendo pretendere che si fosse divinato il suo pensiero senza base razionale.

La nullità assoluta e insanabile degli atti indicati dall'articolo 1314 ove non siano fatti per atto pubblico o per scrittura, parmi a questo punto bene stabilita. E potrei por fine al mio discorso, senza procedere innanzi a dimostrare che non trattasi solamente di nullità assoluta, ma d'inesistenza degli atti medesimi; perocchè negli effetti le due decisioni sarebbero identiche. Invero è vano di provare ciò che provato rimane nullo; è assurdo di confermare o ratificare in modo espresso o tacito ciò che confermato o ratificato rimane nullo; come è vanità e assurdità voler provare o confermare o ratificare l'inesistente, il nulla.

Tuttavia per istabilire il principio esatto e per rendere più certe le ulteriori conseguenze, è pregio dell'opera di dimostrare che nella suddetta ipotesi quegli atti sono inesistenti. L'atto pubblico è *forma quae dat esse* alla donazione e al contratto di matrimonio; sicchè ove

esso manchi, la donazione e il contratto suddetto si hanno come non fatti, si hanno per inesistenti: lo ammette lo stesso signor Natoli; appunto perchè nel diritto patrio l'atto pubblico è elemento essenziale della donazione e del contratto di matrimonio.

Ora dimando l'atto pubblico e la scrittura privata, se non è *forma quae dat esse* alle convenzioni indicate dall'articolo 1314, che cosa sarà mai? Mezzo di prova no; dunque null'altro che forma *quae dat esse rei*, condizione, elemento essenziale delle convenzioni medesime. Se adunque quello manca, queste non hanno, nè possono avere esistenza: una vendita d'immobili fatta verbalmente è la cosa stessa che una donazione, un contratto di matrimonio, una disposizione di ultima volontà, un riconoscimento di un figlio naturale fatto a parole; è un *nulla*. Avvi caso in diritto che esista la forma essenziale ma in maniera imperfetta: e che di conseguenza esista l'atto in modo imperfetto, cioè col vizio di nullità. Supponete per esempio, un matrimonio celebrato avanti l'ufficiale dello stato civile senza testimoni: la forma essenziale esiste, la celebrazione avanti il detto ufficiale; ma questa forma è difettosa per la mancanza de' testimoni; sicchè il matrimonio medesimo è affetto dal vizio di nullità assoluta e irreparabile. Ma è inconcepibile che la legge consideri esistente, per quanto imperfettamente, l'atto creato senza quella forma che l'è piaciuto di stabilire, come elemento estrinseco del medesimo: se ciò essa facesse, cadrebbe nella più manifesta contradizione.

Ma non ci è caduta. Perocchè se per una volta la Corte di Cassazione di Firenze quasi subito dopo pubblicato il Codice potè indirettamente venire in una differente sentenza, per influenza dell'articolo 1932 8°; la giurisprudenza unanimemente sostiene la dottrina che insegno, esser l'atto pubblico o la scrittura privata richiesta dall'articolo 1314 come forma *quae dat esse rei* come condizione essenziale alla esistenza delle convenzioni enumerate dall'articolo 1314; sicchè senza l'uno o l'altra queste debbono aversi per inesistenti [1].

Se alcuno concepisse dei dubbi sull'esattezza del significato in cui sono prese da me le surriferite sentenze, a motivo dell'espressioni usatevi, ricordi qui l'osservazione che ho già fatto, che cioè intorno all'uso di queste non avvi nulla di fisso nè nel Codice, nè nella dottrina, nè nella giurisprudenza.

---

[1] Consulta Loru, loc. cit.; Serafini, Ist. di dir. rom., I, 30; Dec. C. di Lucca, sopra citata.

Se, come parmi di aver dimostrato, le convenzioni indicate dall'articolo 1314 debbono aversi per inesistenti, quando non siano fatte per atto pubblico e per scrittura privata; è chiaro che alla mancanza di questi non può essere riparato non dico già con altri mezzi di prova; perciocchè non è quistione di prova, ma neppure con nessuno dei mezzi che si riferiscono alle convenzioni medesime; in specie non può essere riparato colla conferma o ratifica espressa o tacita; siccome giustamente osserva la esimia direzione della *Giurisprudenza* di Torino, criticando la sentenza della Corte di Cassazione di Firenze.

Sostiene qui con molta forza il Natoli, « che accettando la dottrina contraria a quella che si propugna, si andrebbe incontro all' assurdo che trattandosi d' un contratto solenne (donazione) nulla per difetto di forma, la volontaria esecuzione che ne avessero fatto i successori del donante, toglierebbe loro, rivenendo sul proprio operato, di farne dichiarare la nullità; mentre poi trattandosi di un contratto consensuale (vendita) la volontaria esecuzione che ne avessero fatta gli eredi del venditore, non varrebbe a nulla, quando pur essi o il loro autore ne avessero ricevuto il prezzo. [1] »

Lo stesso signor Natoli riconosce che come l' articolo 1340 del Codice napoleonico, così l' articolo 1311 del diritto patrio, che è la copia di quello, contiene una di quelle disposizioni legislative « che hanno fatto perdere la bussola agl' interpreti della ragione civile, e che hanno fatto sorgere vari sistemi, senza che si possa ancor asserire d' essersene data un' adequata interpretazione. » Ma se tuttora s'ignora il vero significato di tale disposizione, come potrà servire a mettere in evidenza una contradizione, in cui si pretende sia caduto il legislatore?

A mio avviso l' articolo 1311 è di facilissima e certa intelligenza rispetto alle disposizioni testamentarie.

La legge nominando la *disposizione testamentaria* presuppone l' esistenza di un testamento; perocchè non si dà disposizione testamentaria senza testamento [2]. Ma il testamento può esser nullo per difetto di una delle formalità indicate dall' articolo 804, Codice civile. Ora è appunto il difetto di tali formalità, che la conferma e l' esecuzione delle disposizioni testamentarie per parte degli eredi del testatore sanano. Essi hanno voluto prestare ossequio alla volontà del defunto, rispettandola

---

1 Pag. 457, vol. 1.
2 Vedi Vol. IV, n. 58.

ed eseguendola: questo loro atto è assai lodevole: compiuto che l'abbiano, il loro sentimento sarebbe biasimevole; ossia tale, che la legge non deve riconoscere, anche per riguardo al gratificato, al quale potrebbe arrecar grave danno la mancata prestazione, o la obbligatoria restituzione dei beni ricevuti. Le medesime osservazioni oso fare anche rispetto alle donazioni. Secondo me, quando la legge nomina *donazione*, considera una liberalità fatta per atto pubblico; perocchè una donazione verbale è per essa un nulla; e il nulla non è suscettibile di conferma e meno ancora di esecuzione. Una donazione per atto pubblico può esser nulla o per le imperfezioni di quest' atto medesimo, o per difetto di accettazione. Eccovi allora la materia per l'articolo 1311. Ancora qui tratta di rispetto alla volontà benefattrice del donante per parte de' suoi eredi. Al contrario nelle convenzioni a titolo oneroso, sono due le volontà ed egualmente interessate e legate.

Ma allora non è patente ed invincibile l'antinomia fra l'articolo 1314 e l'articolo 1932 8°?

Il tentativo di conciliazione fatto dalla Corte di Cassazione di Firenze mediante la esecuzione che sanerebbe la nullità, è riprovato dalla Direzione della *Giurisprudenza,* e parmi a ragione.

Ma che dire del mezzo immaginato dalla stessa Direzione per conciliare l'articolo 1314 coll'articolo 1932 8°? Giova ripetere le sue parole: « Suppongasi una vendita di stabili fatta verbalmente; uno dei contraenti chiede giudizialmente all'altro l'esecuzione del contratto: il convenuto, invece d'impugnarlo di nullità, si dichiara disposto ad eseguirlo, e solo muove contestazioni sul tempo e sul modo del pagamento del prezzo. La sentenza che pronuncia su queste contestazioni sarebbe appunto una di quelle prevedute dall'articolo 1932 8°: essa infatti non pronuncerebbe la nullità della convenzione perfetta, ma, rispettando i limiti del tema della controversia svoltasi in giudizio, ne dichiarerebbe l'esistenza, provvedendo alla sua esecuzione con risolvere le quistioni sollevate dalle parti in merito di essa. Ora tale sentenza sarebbe soggetta a trascrizione per l'articolo 1932 8°. In questo modo le due disposizioni si conciliano perfettamente senza violare i principî di diritto sopra richiamati. »

Che questo mezzo sia ingegnosissimo, non può negarsi; ma che resista alla critica e sia acconcio al bisogno, ne dubito fortemente; sebbene gli abbia fatto buon viso la Corte di Lucca. Il giudice per decidere la contestazione sorta sul tempo e sul modo del pagamento del prezzo, dovrà necessariamente prendere per base il contratto. Ma a giudizio della stessa Direzione, la vendita di un immobile fatta verbalmente deve

considerarsi come non esistente. Il giudice adunque non ha nè può avere elementi per decidere la contestazione. Esso invece deve puramente e semplicemente assolvere dal giudizio il convenuto.

Inoltre, passando ad un altro ordine di osservazioni, il giudice non può passar sopra all'inesistenza o, se meglio piaccia alla nullità della vendita; imperocchè essa deriva da difetto di formalità prescritte dalla legge per motivi d'ordine pubblico (art. e arg. art. 56, alinea ult., Cod. di proc. civile).

In fine, come mai una sentenza pronunciata sopra le modalità di un contratto, potrà avere la virtù di dare a questo l'essere? Se anche non fosse affatto nuovo in diritto che una sentenza, la quale è puramente dichiarativa, valer possa a dar l'essere a un atto inesistente, o la validità ad un atto nullo; nel caso l'effetto supererebbe di gran lunga la causa; perocchè la dichiarazione sul tempo e modo di pagamento del prezzo, porrebbe in essere una vendita inesistente, o al postutto riparerebbe ad una nullità assoluta, irreparabile della medesima. Tale sarebbe in verità l'effetto, sebbene par che l'esimia Direzione lo neghi o l'attenui; perciocchè la sentenza trascritta dovrebbe dare effetto alla traslazione di proprietà riguardo ai terzi. Ma siccome questa traslazione non sarebbe il risultato della decisione pronunziata sulla contestazione sorta riguardo al tempo e modo di pagamento del prezzo, sibbene della vendita; così la sentenza in definitiva attesterebbe questa.

Che antinomia almeno parziale non sussista tra l'articolo 1314 e 1932 8°, non v'ha dubbio. Sotto questo punto di vista potrebbe osservarsi, che nel Progetto Pisanelli il quale, non richiedendo atto pubblico o scrittura privata sotto pena di nullità, dava facoltà di fare verbalmente gli atti indicati dall'articolo 1314, l'articolo 1932 8° si trovava in perfetta armonia con tutte le disposizioni del Codice, essendo compreso nel sistema generale di questo. Modificato o ristretto questo sistema, l'articolo 1932 8° conservato nella lettera, si è trovato fuori del sistema, si è trovato in parziale antinomia coll'articolo 1314. Il sullodato signor Rossi respinge con disdegno questa censura — nella legge non può, non deve ravvisarsi antinomia — dice egli. Non dovrebbe esservi, dico io, ma quando c'è, si può, anzi si deve ravvisarla. Il legislatore non pretende all'infallibilità: ed ama meglio che lo accusiate di contradizione di quello che falsiate il suo sistema legislativo.

Esiste parziale antinomia (considero la cosa dal sopraddetto punto di vista) fra l'articolo 1314 e 1932 8°, quando, lo ripeto, la disposizione di questo si riferisca a tutte e sette le precedenti classi di atti. Ma si badi bene che allora esso articolo si troverà in contradizione con se stesso; lo

che è ancor più grave. In fatti esso dispone doversi trascrivere, tutte le sentenze che dichiarano l'esistenza di una convenzione verbale della natura di quelle enunciate nei numeri precedenti. Ma nel n. 1 sono noverati eziandio gli atti tra vivi a titolo gratuito, che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca. Or chi ignora che le donazioni non possono farsi se non per atto pubblico. Se dunque riferirete la disposizione 8 dell'articolo 1932 anche agli atti enunciati nel n. 1 troverete, ripeto, tutto l'articolo in contradizione con se stesso; imperocchè prescriverebbe la trascrizione di una sentenza dichiarativa dell'esistenza di un atto che non esiste; perciocchè non può esistere nel diritto patrio donazione verbale. Se non lo volete in contradizione, dovete inesorabilmente considerare non compresa nel n. 8 la parte suddetta del n. 1. Ma quando avete fatto questa prima concessione, perchè vi arrestate; e non fate invece la seconda un po' più grandicella? Considerate insomma non compresi nel n. 8 tutti gli atti enunciati nei sei precedenti, che non vi possono esser compresi: e non vi leggete compresi che gli atti da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni; i quali atti enunciati nel n. 7 possono appunto farsi verbalmente, e possono conseguentemente venir dichiarati da una sentenza, e questa sentenza può essere trascritta. Ciò è vero; e fu insegnato primamente dal professore Loru. La Corte di Lucca e dopo essa la Corte di Roma hanno dimostrato, essere la stessa disposizione applicabile al caso speciale contemplato dall'articolo 1311. [1]

Più ancora la prima di queste due Corti ha indicato i mezzi acconci a fare sparire per intero l'antinomia fra i due articoli. Invero essa

---

[1] La Corte di Lucca ha proposto un altro mezzo di conciliazione col riferire « la disposizione dell'articolo 1932 8° al caso in cui l'azione di nullità proposta da taluno per rivendicare l'immobile o gl'immobili verbalmente alienati e ripetere il prezzo pagato, fosse da rigettarsi perchè estinto per forza della prescrizione trentennale. » Ma questo mezzo di conciliazione sembrami meno felice degli altri, perciocchè il proprietario che verbalmente alienò un suo immobile, non ha a promuovere l'azione di nullità della vendita *inesistente*, sibbene la rivendicatoria; premessa all'uopo la dichiarazione della inesistenza della vendita per difetto di forma; e contro la rivendicatoria potrà esser efficacemente apposta la prescrizione. Ma supposto anche l'esercizio di quell'azione, la sentenza nel suo dispositivo, la dichiarerà al postutto estinta per prescrizione; ma non potrà dichiarare ad un tempo *l'esistenza* della vendita verbale, che per mancanza di scrittura si ha *come non avvenuta*.

dice: « L'antinomia non esiste affatto ed ogni sua più lieve apparenza svanisce affatto, riflettendo che non ostante la proclamata nullità di ogni convenzione della specie anzidetta non accertata da atto scritto, rimaneva pur sempre la possibilità di sentenze che ne dichiarassero la esistenza ed efficacia, indipendentemente dalla scrittura, o perchè si trattasse di convenzioni concluse sotto l'impero del diritto comune (romano?) o di leggi che non esigessero tale formalità....... o perchè pel giustificato smarrimento dell'atto scritto in conseguenza di un caso fortuito impreveduto, e derivante da forza maggiore, fosse ammessa e conclusa la prova pel mezzo di testimoni della convenzione in essa racchiusa, in termini dell'articolo 1348 per cui la sentenza, dichiarandola sussistente, dovesse tener luogo dell'atto stesso. »

Entrambi questi mezzi sono acconci a fare sparire per intero ogni antinomia. Tuttavia non voglio nascondere che il primo mezzo appartenendo al diritto transitorio, non avrà lungamente efficacia, più ancora gli articoli 1314 e 1932 8° dispongono per l'avvenire; talchè quel mezzo di conciliazione è adoperato con un po' di sforzo. Il secondo mezzo è assai migliore; ma temo sia di applicazione straordinariamente rara. Chi coll' atto scritto stipulò una delle convenzioni indicate nell' articolo 1314, avrà trascurato di farne la trascrizione, sino al giorno in cui venne a perdere l'atto medesimo?

Ma checchè sia di tutto ciò: una cosa è messa certamente in chiaro: che l'articolo 1932 8° non può mutare il significato della disposizione contenuta nell'articolo 1314.

FINE

INDICE
DELLE MATERIE
CONTENUTE IN QUESTO VOLUME

LIBRO III.

ERRATA	CORRIGE
Pag. 33 linea 8. — atto, ma per due prezzi distinti.	atto e per un sol prezzo; altrimenti sarebbe, se la vendita fosse stata fatta per due prezzi distinti.
» 54 linea penultima — ciascuno di essi può agire.	ciascuno di essi, sotto la condizione di prestare idonea cauzione per l'indennità degli altri, può agire.
» 110 linea 10 — Tre	Due
» 146 linea penultima — sia in denaro	sia valutabile in denaro.

